

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17 marca, 24 marca, 31 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie** i **Comarch S.A. w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 odwołania,**
2. **odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania,**
3. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w następujących dokumentach:**
 - a) **wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie dotyczących ceny ofertowej z dnia 16 grudnia 2020 r. (bez załączników),**
 - b) **„wykazie usług – tajemnica przedsiębiorstwa” wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi tam wskazane zostały wykonane należycie**

- złożonymi przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie,
- c) wykazie osób złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie,
 - d) wezwaniu do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2021 r. skierowanym przez zamawiającego do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie,
 - e) piśmie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie z dnia 27 stycznia 2021 r. stanowiącym odpowiedź na ww. wezwanie zamawiającego,
 - f) uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie dotyczących ceny ofertowej,
4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
5. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** w części 3/4 i **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** w części 1/4 i:
- 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** kwotę **1.950 zł 00 gr** (słownie: jednego tysiąca dziewięciuset pięćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą zwrot części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lutego 2020 r., nr 2020/S 037-087769.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 15 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż Konsorcjum Comarch bezprawnie pozyskało lub próbowało pozyskać informacje mogące dać mu przewagę w postępowaniu, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w zakresie zadania JZ3a Jednostki Zadaniowej 3 w sposób niezgodny z SIWZ, tj. bez zachowania tożsamości środowisk testowych dla poszczególnych wykonawców;
- 3) art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego Testów kompetencji technicznych w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 i Jednostki Zadaniowej 3;
- 4) art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Wykazu osób, Wykazu usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wezwania Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wraz z odpowiedzią Konsorcjum Comarch z 27 stycznia 2021 r., pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Comarch nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż podwykonawca Konsorcjum Comarch, w ramach obecnie obowiązującej Umowy ZUS – Comarch, brał udział bezpośrednio i/lub poprzez osoby zatrudnione przez siebie w przygotowaniu postępowania, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny i badania ofert;
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 3) w zakresie dla zadania JZ3a w ramach Jednostki Zadaniowej 3 – alternatywnie:
 - a) przyznanie obu Wykonawcom punktów zgodnie z SIWZ – w oparciu o kryteria zgodności określone w Arkuszach odpowiedzi;
 - albo
 - b) unieważnienie Testów kompetencji technicznych; zweryfikowanie przez Zamawiającego tożsamości obu środowisk; przeprowadzenie ponownie testu z zakresu zadania JZ3a;
- 4) jako żądanie ewentualne – unieważnienie Testów kompetencji technicznych w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 i Jednostki Zadaniowej 3;
- 5) odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez Konsorcjum Comarch wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji, wykazu osób, wykazu usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, pisma z 27 stycznia 2021 r. oraz pisma zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień”;
- 6) wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Comarch;
- 7) odrzucenie oferty Konsorcjum Comarch.

Uzasadnienie odwołania KIO 500/21

Zarzut 1 - Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż Konsorcjum Comarch bezprawnie pozyskało lub próbowało pozyskać informacje

mogące dać mu przewagę w postępowaniu, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności

W uzasadnieniu ww. zarzutu odwołujący Asseco wskazał, że Zamawiający w dniu 19 lutego 2019 r. złożył oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy ZUS – Comarch z winy Konsorcjum Comarch. Najistotniejszym powodem złożenia tego oświadczenia był fakt, że Konsorcjum Comarch nie zaliczyło testów waloryzacji (nie zaliczyło łącznie testów dla 7 różnych usług, przy czym to właśnie niezaliczenie testów waloryzacji było najistotniejsze). Wynika z tego, że Konsorcjum Comarch nie miało wiedzy i doświadczenia, aby świadczyć tę niezmiernie ważną i bardzo wrażliwą usługę na rzecz Zamawiającego. ZUS wprost wskazał wtedy, iż „Niepowodzenie weryfikacji gotowości do przejęcia świadczenia Usług utrzymania KSI w zakresie Metryk Niezaliczonych wskazuje na brak pozyskania przez Wykonawcę kompetencji do realizacji Umowy w tym zakresie i brak gotowości do przejęcia Usług Niezaliczonych.”.

Odwołujący Asseco wskazał, że usługa waloryzacji w latach 2019 – 2020 była świadczona przez niego w ramach Umowy ZUS - Asseco, a zatem Konsorcjum Comarch nie mogło w toku realizacji swojej Umowy ZUS – Comarch nabyć wiedzy i doświadczenia w zakresie waloryzacji. Odwołujący wskazał, że w czerwcu 2020 roku powziął wiedzę, że Zamawiający, działając bez żadnej podstawy prawnej, podjął działania, w wyniku których Konsorcjum Comarch miało nabyć wiedzę niezbędną do świadczenia w przyszłości usługi waloryzacji.

Odwołujący Asseco wskazał, że w dniu 9 czerwca 2020 r. Pan W. F., jego pracownik odpowiedzialny w ramach Umowy ZUS – Asseco za realizację usługi UU_VTM# „Usługa wsparcia procesu walidacji i testowania usług” otrzymał maila od pracownika Zamawiającego Pana M. D. ze zaktualizowanym Planem wykorzystania środowisk przedprodukcyjnych. Zmiany dotyczyły m.in. wprowadzenia pozycji „Waloryzacja – test kompetencji” – środowisko ZWAR administrowane przez Konsorcjum Comarch – w okresie od 1 czerwca do 31 sierpnia 2020.

Odwołujący Asseco wskazał, że w dniu 18 czerwca 2020 r. Pan W. F. otrzymał maila od pracownika Zamawiającego Pani B. R. z pytaniem o „możliwość odświeżenia ZWAPDis z 3.07”. Zdaniem odwołującego Asseco z całości korespondencji zawartej w przedmiotowym mailu wynikało, że Konsorcjum Comarch z polecenia ZUS prowadzi czynności związane z przeprowadzeniem waloryzacji testowej na środowisku ZWAR, w szczególności, że pracownicy ZUS przygotowali już plan waloryzacji testowej, którą ma wykonać Konsorcjum Comarch. Comarch wyraźnie rozgranicza tu prace, które wcześniej realizował w ramach Usługi dodatkowej Migracja DB2 a wykonywaną na ZWAR waloryzacją szkoleniową.

Przekazanie przez pracownika Konsorcjum Comarch raportu „Waloryzacja szkoleniowa ZWAR - błąd związany z DRS.docx” dowodzi, że Konsorcjum Comarch nie miało najmniejszych wątpliwości co do charakteru wykonywanych działań.

Odwołujący Asseco wskazał, że po uzyskaniu powyższej wiedzy w trakcie Komitetu Sterującego w dniu 18 czerwca 2020r. poprosił o wyjaśnienie kwestii poruszanych w w/w mailu.

W odpowiedzi przedstawiciele ZUS wyjaśnili, że Konsorcjum Comarch nie będzie wykonywało żadnej waloryzacji testowej, w szczególności Pan T. K., Dyrektor Umowy ZUS – Comarch stwierdził, iż „wg. jego wiedzy nie ma żadnych planów dot. powierzenia Comarch akcji waloryzacji”. Jednocześnie Pan A. J. potwierdził, że „w Umowie z Asseco zabezpieczone są środki na przeprowadzenie waloryzacji przez Asseco”.

Odwołujący Asseco wskazał, działając w zaufaniu do Zamawiającego przyjął wyjaśnienia za wystarczające i uznał, że cała sprawa została należycie wyjaśniona, w szczególności – wykonawca Konsorcjum Comarch nie zostało zaangażowane przez ZUS do świadczenia usług, które uprzednio objęte były Oświadczeniem ZUS o częściowym rozwiązaniu Umowy ZUS - Comarch. W dniu 4 września 2020 r. powziął jednak wiedzę, iż wykonawca Konsorcjum Comarch jest w toku wykonywania waloryzacji testowej na środowisku ZWAPFis. Odwołujący argumentował, że po pozyskaniu w/w informacji wystosował w dniu 8 września 2020 r. pismo do Zamawiającego, w którym wskazał na przedmiotowe nieprawidłowości. W piśmie z dnia 7 października 2020 r., zdaniem odwołującego Asseco, zamawiający uchylił się od odpowiedzi. Stanowisko Zamawiającego jest zaskakująco nic nie wnoszącym do kwestii truizmem, ale, zdaniem odwołującego Asseco, Zamawiający nie zaprzeczył, że w okresie VI – IX 2020 roku miała miejsce sytuacja, w wyniku której Konsorcjum Comarch bez podstawy prawnej pozyskiwało poufne informacje, w tym wiedzę i doświadczenie w zakresie świadczenia na rzecz Zamawiającego usługi waloryzacji.

Odwołujący Asseco wskazał, że w udostępnionej mu dokumentacji postępowania nie ma śladu tego, aby Zamawiający w jakimkolwiek zakresie wyjaśnił przedmiotową kwestię. Tym samym Zamawiający nie przedstawił do dnia dzisiejszego swojego stanowiska – na jakiej podstawie prawnej Konsorcjum Comarch wykonywało waloryzację testową na środowisku ZWAPFis, a tym samym – na jakiej podstawie w toku postępowania tylko jeden wykonawca pozyskał informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu.

Odwołujący Asseco wskazał, że swoje stanowisko w sprawie przedstawiło Konsorcjum Comarch – w toku postępowania skargowego dotyczącego postanowień SIWZ (postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1308/20) Konsorcjum Comarch złożyło pismo, w którym na 6 stronach wskazywało, na jakiej właściwej podstawie prawnej (zdaniem Konsorcjum Comarch) dokonywało na zlecenie ZUS czynności dotyczących akcji masowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych – całe stanowisko

można sprowadzić do stwierdzenia: podstawą prawną realizacji przez Konsorcjum Comarch testów waloryzacji była zlecona przez ZUS Usługa dodatkowa Migracja DB2 za wynagrodzeniem 17.399.088 złotych.

Zdaniem odwołującego Asseco, stanowisko Konsorcjum Comarch jest sprzeczne ze stanem faktycznym realizacji prac związanych z Usługą dodatkową Migracja DB2. Usługa ta w okresie czerwiec-wrzesień 2020 nie obejmuje żadnych prac związanych z usługą waloryzacji ani też testów waloryzacji. Jedyne odwołania dotyczące waloryzacji (testy uruchomieniowe programów w środowiskach ZWAPHis/ZWAPKis) znajdują się w przygotowanym przez Konsorcjum Comarch raporcie związanym z realizacją w/w Usługi dodatkowej – tj. „Raport z testów regresji.docx” z dnia 25 czerwca 2020 roku.

Zdaniem odwołującego Asseco, w pozostałych dokumentach z realizacji Usługi dodatkowej Migracja DB2, również z realizacji prac w II etapie (przekazanych we wrześniu 2020), brak jakichkolwiek postanowień dotyczących testów waloryzacji świadczeń (nawet w środowiskach innych niż ZWAR i ZWAPFis). Jest to spójne z wcześniejszym stanowiskiem Konsorcjum Comarch: „Nie było zatem zasadne testowanie procesu Waloryzacji na takim stanie danych”. Jeżeli natomiast dodatkowe „testy” dotyczyły prac w ramach zlecenia, nie jest zrozumiałe, dlaczego wyniki nie są udokumentowane.

Zdaniem odwołującego Asseco, nie istnieje i nie istniała podstawa prawna, na podstawie której Konsorcjum Comarch realizowało we wrześniu 2020 roku prace związane z wykonywaniem waloryzacji testowej. W związku z tym realizacja przez Konsorcjum Comarch testowej waloryzacji – za pełną wiedzą i aprobatą Zamawiającego – powinno zostać potraktowane zarówno jako preferencyjne traktowanie Konsorcjum Comarch, jak i stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego Asseco, należy odróżnić naturalną przewagę konkurencyjną, będącą przymiotem wykonawcy świadczącego na rzecz danego zamawiającego usługi na podstawie ważnej umowy od czynności wykonywanych przez wykonawcę bez umowy, w środowisku Zamawiającego, w celu pozyskania wiedzy, dającej mu przewagę w postępowaniu.

Jeśli ZUS uzna, że usługa waloryzacji jest krytyczna dla realizacji przyszłej umowy, to powinien od razu w SIWZ wskazać, że w zakresie tej usługi wszyscy wykonawcy na etapie przed złożeniem ofert otrzymają od ZUS wsparcie w postaci umożliwienia im przeprowadzenia testowej waloryzacji i tym samym umożliwienia nabycia wiedzy dającej przewagę w postępowaniu nad innymi wykonawcami, którzy – tak samo jak Konsorcjum Comarch – nigdy nie świadczyli usługi waloryzacji. Bardzo ważny jest w tym przypadku zaistniały w lutym 2019 roku stan faktyczny – Zamawiający odstąpił w części od Umowy ZUS – Comarch z winy Konsorcjum Comarch właśnie z powodu nieposiadania przez Konsorcjum Comarch wiedzy w zakresie waloryzacji.

Zdaniem odwołującego Asseco, zamawiający nie zawarł w SIWZ postanowień, które mogłyby zlikwidować lub chociaż zminimalizować ryzyko wykonawców związane z obowiązkiem świadczenia usługi waloryzacji. Następnie zaś – w sposób preferencyjny potraktował tylko jednego wykonawcę, tj. Konsorcjum Comarch.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Comarch pozyskało wiedzę, która pozwoliła mu zminimalizować ryzyka związane z przyszłą realizacją przedmiotu zamówienia, co z kolei mogło przełożyć się zarówno na samą decyzję o złożeniu oferty, jak i na cenę tej oferty. Konsorcjum Comarch nie musiało już ujmować w cenie oferty kosztów pozyskania wiedzy w zakresie waloryzacji (wiedzę tę pozyskało bez podstawy prawnej w okresie czerwiec – wrzesień 2020r.), a przede wszystkim – nie musiało wyceniać ryzyk związanych z nienależytym świadczeniem usługi waloryzacji.

Zarzut 2 - Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2d Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w zakresie zadania JZ3a Jednostki Zadaniowej 3 w sposób niezgodny z SIWZ, tj. bez zachowania tożsamości środowisk testowych dla poszczególnych wykonawców.

Odwołujący Asseco podniósł, że zgodnie z SIWZ (7.3.3.10) Zamawiający zobowiązany był udostępnić środowiska testowe niezbędne do realizacji zadań realizowanych w ramach Jednostek Zadaniowych. Zgodnie z SIWZ (7.3.3) środowiska te obejmują elementy infrastruktury techniczno-systemowej Zamawiającego, skonfigurowane w celu realizacji Testów kompetencji technicznych.

Zdaniem odwołującego Asseco, zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga, aby konfiguracja środowisk zapewniała tożsamość środowiska testowego udostępnionego Odwołującemu oraz środowiska udostępnionego Konsorcjum Comarch. Środowiska nie będą tożsame, jeśli różnice w konfiguracji tych środowisk, które nie wynikają z treści zadań przekazanych przez Zamawiającego, wpływają na sposób oceny przez Zamawiającego wyników Wykonawców. Gdyby środowiska testowe każdego z wykonawców nie były tożsame, to nie byłoby możliwe dokonanie wiarygodnej i rzetelnej oceny prawidłowości realizacji zadań udostępnionych przez Zamawiającego. A to dlatego, że jest jeden Arkusz odpowiedzi właściwy tylko dla jednej konfiguracji środowiska.

Odwołujący wskazał, że w dniu 8 lutego 2021 r. Zamawiający udostępnił mu dokumentację, której zakres obejmuje wyniki realizacji Testów kompetencji technicznych przez Konsorcjum Comarch oraz dokumentację Zamawiającego (Ocena_testy kompetencji technicznych), zawierającą uzasadnienie merytoryczne oceny Zamawiającego – to jest podstawy do przyznania 0 pkt lub 1 pkt dla każdego zadania w każdej Jednostce Zadaniowej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyznał Konsorcjum Comarch 1 pkt za realizację zadania JZ3a, pomimo tego, że wyniki Konsorcjum Comarch nie spełniały określonych w SIWZ kryteriów – były niezgodne z Arkuszem odpowiedzi. A zatem Konsorcjum Comarch powinno otrzymać za to zadanie 0 punktów. Odwołujący wskazał, że 11 lutego 2021 zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie informacji umożliwiających weryfikację, czy środowisko wykorzystane przez Konsorcjum Comarch do realizacji zadania JZ3a było tożsame ze środowiskiem wykorzystywanym przez Odwołującego do realizacji zadania JZ3a. Zamawiający w dniu 15 lutego 2021 r. przekazał informacje pozwalające na weryfikację tożsamości środowisk.

W oparciu o przekazane przez Zamawiającego dane, Odwołujący Asseco stwierdził, że środowisko Konsorcjum Comarch i jego środowisko nie były tożsame w zakresie niezbędnym do realizacji zadania JZ3a wchodzącego w zakres Jednostki Zadaniowej 3. Przedmiotowy brak tożsamości środowisk jest konsekwencją różnic w tych środowiskach, wynikających z ich konfiguracji określonych w pliku o nazwie „tmsysevt.dat”. W odwołaniu wskazał na ww. różnice.

Odwołujący Asseco wskazał, że różnica w konfiguracji środowiska Asseco: 'INFO' oraz konfiguracji środowiska Konsorcjum Comarch: 'INFO' ma kluczowe znaczenie dla wyników realizacji zadania JZ3a), w tym w zakresie możliwości zapewnienia ich zgodności z Arkuszami odpowiedzi – ponieważ w sposób jednoznaczny decyduje o zgodności lub braku zgodności z Arkuszem odpowiedzi ZUS. Zdaniem odwołującego Asseco, zamawiający w treści zadania JZ3a nie wymagał jakiegokolwiek ingerencji w treść pliku o nazwie „tmsysevt.dat”.

Zdaniem odwołującego Asseco, w konsekwencji wyniki zadania JZ3a) dostarczone przez tych Wykonawców:

- Były różne w przypadku Asseco oraz Konsorcjum Comarch.
- Różniły się w zakresie wpływającym na ich zgodność z Arkuszem odpowiedzi Zamawiającego.
- Nie były uzależnione wyłącznie od treści zadania JZ3a przekazanego Wykonawcom.
- Były uzależnione od różnic w konfiguracji, pomiędzy środowiskiem Asseco oraz środowiskiem Konsorcjum Comarch, o których Wykonawcy nie zostali przez Zamawiającego poinformowani.

Według odwołującego Asseco, specyfika zidentyfikowanej nieprawidłowości – to jest brak weryfikacji przez Zamawiającego tożsamości tych środowisk przed przekazaniem ich Wykonawcom, skutkuje tym, iż konieczne jest zweryfikowanie przez Zamawiającego tożsamości obu środowisk dla zadania JZ3a w ramach Jednostki Zadaniowej 3 i po takiej weryfikacji przeprowadzenie ponownie testu z zakresu zadania JZ3a.

Odwołujący argumentował, że na wypadek, gdyby Zamawiający podjął próbę wykazania, że przyjęta przez niego (i opisana w dokumentacji Oceny_testy kompetencji technicznych), niezgodna z SIWZ metoda oceny wyników zadania JZ3a Konsorcjum Comarch w sposób należyty uzasadnia przyznanie 1 pkt Konsorcjum Comarch, wskazuje, iż nie może być ona uznana za równorzędną wobec określonych w SIWZ podstaw przyznania 1 pkt za poprawną realizację zadania. Zdaniem odwołującego Asseco, zamawiający nie wyjaśnia bowiem:

a. Na jakiej podstawie – jakich zapisów SIWZ – uznał, iż może dokonać oceny poprawności realizacji JZ3a w oparciu o inne niż określone w Arkuszu odpowiedzi kryteria.

b. Na jakiej podstawie uznał, że nagrania wykonane oprogramowaniem Observe IT mogą być wiarygodną i zgodną z SIWZ podstawą przyznania punktu Wykonawcy Konsorcjum Comarch.

Odwołujący Asseco wskazał, że zamawiający powołując się na treść nagrań wykonanych za pomocą oprogramowania Observe IT pomija fakt, iż nagrania te nie zawierają całości działań wykonywanych przez Konsorcjum Comarch w trakcie realizacji zadania JZ3a:

a. Zidentyfikowane przerwy w nagraniach, wykonanych za pomocą oprogramowania Observe IT, działań Konsorcjum Comarch podczas realizacji JZ3a znacząco przekraczają czas 2 minut. Odwołujący Asseco powołał przykładowe dwa następujące, kolejno po sobie zdjęcia wchodzące w zakres nagrania.

Skoro nagranie wykonane oprogramowaniem Observe IT nie zawiera zapisu pełnej aktywności Wykonawcy w trakcie realizacji JZ3a, to oczywistym jest stwierdzenie, iż stan systemu, w którym realizowano JZ3a mógł ulegać zmianom, których Zamawiający nie jest w stanie zidentyfikować i zweryfikować:

i. Brak nagrania w narzędziu Observe IT oznacza jedynie, że wykonawca JZ3a nie wykonywał w tym czasie działań manualnych w systemie (nie wykorzystywał klawiatury, nie poruszał urządzeniem wskazującym).

ii. Niezależnie od powyższego w systemie mogły zachodzić zmiany, będące wynikiem wcześniej wykonanych czynności, których skutki w nagraniu wykonanym oprogramowaniem Observe IT nie są widoczne.

iii. Per analogia:

a) Brak wprowadzania tekstu w edytorze tekstu nie oznacza, że w tym samym czasie nie jest odbierana i automatycznie przetwarzana poczta elektroniczna, przetwarzane komunikaty SMS, przetwarzane informacje o położeniu, czy też będzie trwało pobranie dużego zbioru danych.

b) Narzędzie Observe IT będzie rejestrowało wyłącznie aktywność będącą skutkiem czynności manualnych w edytorze tekstów a pominie całkowicie zmiany w stanie systemu

związane z obsługą poczty elektronicznej niezależnie od tego jak długa będzie przerwa w realizacji czynności manualnych – 1 minuta, 1 godzina.

c. Z kolei 2-minutowa przerwa w nagraniach – jest to czas wystarczający do tego, aby zrealizować operacje, których zgodnie z treścią zadania JZ3a wykonawcy nie wolno wykonać, gdyż warunkują przyznanie 1 pkt – np.: wykonać restart domeny tak, aby wynik tej operacji nie został zarejestrowany w narzędziu Observe IT.

Również jest to czas wystarczający do tego, żeby wykonawca mógł wykonać podmianę plików w celu ukrycia informacji, w taki sposób, aby wynik tej operacji nie został zarejestrowany przez narzędzie Observe IT.

Zdaniem odwołującego Asseco nie jest możliwe przyznawanie punktu za realizację JZ3a w oparciu o treść nagrań wykonanych z wykorzystaniem oprogramowania Observe IT, a na tej właśnie podstawie Zamawiający przyznał 1 punkt Konsorcjum Comarch.

Zarzut 3 - Naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2d Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego Testów kompetencji technicznych w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 i Jednostki Zadaniowej 3.

W uzasadnieniu ww. zarzutu odwołujący Asseco podniósł, że zarzut ten jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku braku rozpatrzenia przez Izbę zarzutów podnoszonych w ramach odwołania o sygnaturze KIO 306/21. Odwołujący Asseco wskazał, że 28 marca 2021 roku wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegających na przeprowadzeniu Testów Kompetencji Technicznych z naruszeniem przepisów prawa oraz SIWZ oraz zaniechania czynności, do wykonania których Zamawiający był zobowiązany. Odwołanie to nie zostało rozpatrzone na dzień wniesienia niniejszego odwołania. Odwołanie KIO 306/21 obejmuje także kwestie podnoszone w niniejszym zarzucie.

Odwołujący Asseco wskazał, że przyznano mu 0 pkt za realizację Jednostki Zadaniowej 2a– „IWS (JZ2)” zadanie a) „Zadanie dotyczy utworzenia i uruchomienia aplikacji IWS (dodanie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli uruchomieniowych, poprzedników, następników, dodatkowych warunków i zależności między zadaniami, itp.)” (dalej „JZ2a”). Zdaniem odwołującego Asseco taka ocena jest nieprawidłowa i wynika z okoliczności wskazanych poniżej.

Odwołujący Asseco podniósł, że zamawiający w dniu 19.01.2021 r. przekazał wykonawcom treść Jednostki Zadaniowej 2, przy czym w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 Zadanie a zostało przez Zamawiającego sformułowane w sposób wykraczający poza zakres określony w pkt 7.3.3.5a) SIWZ.

a. Zamawiający w pkt 7.3.3.2 SIWZ zawarł opis środowiska i określił podstawowe komponenty środowiska do realizacji zadań. Opis ten w lit b) uwzględnia elementy infrastruktury techniczno-systemowej dotyczącej Platformy Mainframe w zakresie:

„Platforma MAINFRAME

System operacyjny: z/OS 02.02

Motor bazy danych: IBM DB2 v9

Inne: ISPF 7.2.0000

IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0

IBM DB2 Utilities Suite for z/OS ver 9”

Zgodnie ze stosowaną powszechnie nomenklaturą techniczną Zamawiający w dalszej części SIWZ nazwę elementu ww. Infrastruktury „IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0” zastąpił skrótem IWS – jest to powszechnie stosowane i nie budzi żadnych wątpliwości. Zdaniem odwołującego Asseco zamawiający w sposób jednoznaczny rozdzielił w powyższym opisie komponentów środowiska pozycje: „System operacyjny: z/OS 2.02” oraz „IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0”.

b. Zamawiający określił w pkt. 7.3.3.5 SIWZ zakres Jednostki zadaniowej

„7.3.3.5 Jednostka zadaniowa – IWS”

Wskazując tym samym, iż jej zakres dotyczy wyłącznie elementu środowiska IWS (IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0) i nie dotyczy pozostałych elementów środowiska, w tym nie dotyczy elementu „System operacyjny: z/OS 02.02”. W przeciwnym bowiem przypadku Zamawiający określiłby zakres Jednostki Zadaniowej w postaci „Jednostka zadaniowa – IWS/z/OS”, czyli analogicznie jak każdorazowo jednoznacznie wskazywał w definicji komponentu środowiska objęte zakresem dla pozostałych Jednostek zadaniowych np.: pkt. 7.3.3.6 Jednostka zadaniowa – Tuxedo/Informix/HP-UX, czy w pkt 7.3.3.7 Jednostka zadaniowa OpenShift/RHEL.

c. Zamawiający w punkcie 7.3.3.5 ppkt a) SIWZ zdefiniował szczegółowy zakres jednego z trzech zadań wchodzących w zakres Jednostki zadaniowej

„a) Zadanie dotyczy utworzenia i uruchomienia aplikacji w IWS wraz z czynnościami dodatkowymi, w szczególności (dodatknie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli uruchomieniowych, poprzedników, następników, dodatkowych warunków i zależności między zadaniami, itp.)

(...)

oraz wszelkie inne działania uznane przez Wykonawcę za niezbędne do realizacji zadań.”

Powyższa specyfikacja zakresu zadania jest zgodna z Jednostką zadaniową i określa zakres czynności wymaganych do zrealizowania przez Wykonawców z wykorzystaniem udostępnionego przez Zamawiającego komponentu IWS.

d. Zamawiający przekazał szczegółowy, podlegający wykonaniu przez Wykonawcę, zakres czynności wchodzących w zakres zadania JZ2a, opisanego w pkt 7.3.3.5.a) SIWZ, w którym zobowiązał Wykonawcę do realizacji następującej czynności:

„Dodatkowo należy wprowadzić zmiany w aplikacji TEST2 zgodnie z poniższymi wymaganiami:

- *operacja 2: uruchomienie po wykonaniu operacji 4 z aplikacji TEST3*
- *operacja 3: log zadania ma być sprawdzony pod kątem wystąpienia frazy: “BLAD!Kod powrotu z zapytania to SQLCODE=-911”. Jeżeli takie wystąpienie ma miejsce, operacja powinna być zakończona z kodem RC=911.”*

e. Przystępując do realizacji ww. czynności Odwołujący Asseco zweryfikował stan środowiska testowego udostępnionego przez Zamawiającego do realizacji Jednostki zadaniowej 2 i w wyniku tej weryfikacji stwierdził, iż stan tego środowiska uniemożliwia skuteczną realizację ww. czynności z wykorzystaniem wyłącznie funkcji elementu środowiska IWS - niezbędne jest wykonanie poleceń udostępnianych przez element środowiska „System operacyjny: z/OS 02.02”, który - jak wykazano powyżej - nie został uwzględniony przez Zamawiającego w zakresie realizowanej Jednostki zadaniowej 2 – z listy elementów określonych w SIWZ Zamawiający dla JZ2 wskazał tylko IWZ (IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0).

Szczegółowy zakres działań weryfikacyjnych Odwołującego:

- Analiza warunków koniecznych do realizacji zakresu czynności, o którym mowa w ramach “operacji 3: log ...” – realizacja wymaga prawidłowego funkcjonowania w zakresie elementu środowiska IWS komponentu o nazwie Job Completion Checker (JCC)
- Identyfikacja, iż w środowisku udostępnionym Odwołującemu komponent JCC nie funkcjonował prawidłowo
- Ustalenie zakresu niezbędnych działań naprawczych - wymagane jest ustawienie odpowiednich wartości dla następujących parametrów elementu środowiska IWS:
 - o JCCTASK
 - o EWRTRTASK
 - o JCCOPTS
- Weryfikacja braku możliwości przywrócenia prawidłowego funkcjonowania komponentu JCC z wykorzystaniem wyłącznie elementu środowiska IWS,
- Ustalenie zakresu działań do wykonania z wykorzystaniem elementu środowiska „System operacyjny: z/OS 02.02” (komponent MVS Console) należy wykonać następujące instrukcje w celu zapewnienia prawidłowej funkcjonalności komponentu JCC:
 - o stop: p TWSC
 - o start: s TWSC

Wymienione powyżej działania Odwołującego umożliwiły skuteczne zrealizowanie określonych w treści zadania czynności, ale ich realizacja wymagała wykorzystania elementów środowiska Zamawiającego, które wykraczały poza określony w SIWZ zakres Jednostki zadaniowej 2 i zadania JZ2a.

f. W zaistniałej sytuacji Odwołujący Asseco wskazał, że zgodnie z Regulaminem realizacji Testu kompetencji technicznych skierował o godzinie 11:14 pytanie do Zamawiającego, czy dysponuje uprawnieniami w zakresie komponentu „System operacyjny: z/OS 02.02” niezbędnymi do realizacji restartu systemu IWS.

Zamawiający potwierdził, iż Odwołujący dysponuje niezbędnymi uprawnieniami do restartu systemu IWS - po wykonaniu niezbędnych działań z wykorzystaniem poleceń elementu „System operacyjny: z/OS 02.02” Odwołujący zapewnił prawidłową pracę komponentu JCC elementu środowiska IWS i skutecznie zrealizował czynności wchodzące w zakres zadania.

g. W konsekwencji należy stwierdzić, iż treść zadań przekazanych Odwołującemu w celu zrealizowania przez niego Jednostki Zadaniowej – IWS, wykraczała poza zakres tej jednostki zdefiniowanej w SIWZ.

Pomimo tego, iż Odwołujący zdołał skutecznie zrealizować wskazane powyżej działania, to zaistniała sytuacja miała oczywisty wpływ na czas, jaki pozostał Odwołującemu do prawidłowej realizacji Jednostki zadaniowej 2, a w efekcie na możliwość ukończenia zadań w ramach Jednostki.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący Asseco podniósł, że Zamawiający sformułował Zadanie a w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 w sposób uniemożliwiający jego samodzielne wykonanie w oparciu o udostępnioną przez Zamawiającego treść zadania oraz dokumentację techniczną.

a. Przekazana przez Zamawiającego treść Jednostki zadaniowej JZ2 – zadanie a) „Zadanie dotyczy utworzenia i uruchomienia aplikacji w IWS wraz z czynnościami dodatkowymi, w szczególności (dodanie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli uruchomieniowych, poprzedników, następników, dodatkowych warunków i zależności między zadaniami, itp.)” zawierała na stronie 3 następujące określenie Operacji 1:

„Operacja 1 – KROK2 przyjmuje parametry DATA i TRYB. DATA (zmienna TDT) powinna być ustawiona następująco:

- bieżąca data–1 dzień
- wartość bieżąca daty –3 dni dla soboty.
- Jeżeli wartość zmiennej PRZEB2=TAK to wartość bieżąca daty –2 dni.

Parametr TRYB powinien być odczytany z tablicy zmiennych JCL”

b. Zmienna TDT nie była zmienną znaną specjalistom Odwołującego realizującym Testy. Uznali oni jednak, że Zamawiający – jako podmiot na co dzień korzystający z narzędzia IWS – z całą pewnością sporządził prawidłowo treść Jednostki zadaniowej i w związku z tym zaczęli szukać takiej zmiennej w dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że bez zrozumienia, co oznacza zmienna TDT – nie jest w ogóle możliwe zrealizowanie zadania JZ2a.

c. Zespół Odwołującego nie znalazł informacji o przedmiotowej zmiennej i zmuszony był zadać pytanie w tym zakresie (oznaczone w protokole jako pytanie 5):

„Prosimy o wyjaśnienie, co oznacza zdanie na str. 3 „DATA (zmienna TDT) powinna być ustawiona ... Jak należy interpretować zapis „(zmienna TDT)”?”

Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: „TDT nazwa zmiennej, która powinna zostać użyta w jcl”.

d. Dopiero po uzyskaniu powyższej odpowiedzi treść zadania JZ2a stała się jednoznaczna, zrozumiała w świetle dokumentacji dla IWS, a przede wszystkim – zadanie JZ2a stało się wykonalne. Do czasu uzyskania od Zamawiającego tej odpowiedzi – zadanie JZ2a było po prostu niewykonalne.

e. Tym samym Zamawiający zmienił w toku Testów treść Jednostki zadaniowej 2 w zakresie zadania a), podczas gdy zgodnie z regulacjami SIWZ treść taka miała być przekazana przed przystąpieniem do realizacji zadań. Co więcej – SIWZ nie przewidywał też zmiany treści w toku realizacji zadań. W Regulaminie w pkt 14 przewidziano co prawda tryb postępowania na wypadek zaistnienia błędu lub awarii, trudno jednak uznać nieprawidłową i niemożliwą do realizacji treść zadania za błąd lub awarię.

f. Wobec powyższego odwołujący Asseco uważał, że powyższa zmiana treści Jednostki zadaniowej 2 w zakresie zadania a) jest niedopuszczalna i nie mogła zostać skutecznie dokonana w toku trwania Testów. Z kolei brzmienie Jednostki zadaniowej 2 w zakresie zadania a) przekazane przed przystąpieniem do Testów jest po prostu niewykonalne. Koniunkcja tych okoliczności powoduje, że tak nieprawidłowo przeprowadzony Test dla Jednostki zadaniowej 2 w zakresie zadania nie może być podstawą oceny ofert w kryterium pozacenowym i powinien on zostać powtórzony.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał przedłużenia trwania Testu kompetencji technicznych w dniu 19.01.2021 o czas usunięcia błędów oraz o czas udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców, dotyczący Jednostki Zadaniowej 2.

a. W Regulaminie (SIWZ, Załącznik10) w pkt 14 i 15 Zamawiający przewidział, że w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na realizację Testu – czas realizacji Testu ulega wydłużeniu:

- i. W pkt 14 wskazano, że w przypadku wystąpienia błędu/awarii uniemożliwiającej przeprowadzenie realizacji Testu kompetencji technicznych czas przeznaczony na realizację Testu zostanie wydłużony o czas trwania błędu/awarii;
- ii. W pkt 15 wskazano, że w przypadku pojawienia się pytań ze strony Wykonawców dotyczących treści lub przebiegu Jednostek zadaniowych przedłuży trwanie Testu o czas udzielenia odpowiedzi.

b. W trzecim dniu testów, 22 stycznia 2021 roku Zamawiający przedłużył czas trwania Testów aż o 94 minuty.

Zdaniem odwołującego Asseco z powyższego wynika, że Zamawiający uznał, że udzielenie odpowiedzi na pytania, które stanowi „sprostowanie oczywistej omyłki” w treści Jednostki zadaniowej jest okolicznością, która mogła mieć wpływ na przebieg realizacji zadań – i przedłużył czas Testów w danym dniu. Podkreślić należy, że sam Zamawiający za wystarczające uzasadnienie konieczności przedłużenia czasu realizacji Testów uznał okoliczność, która „mogła mieć wpływ”, nie musiał zatem zaistnieć oczywisty i udokumentowany wpływ, a wystarczyła sama możliwość wpływu.

Odwołujący Asseco wskazał, że taka sama sytuacja, jaka miała miejsce w trzecim dniu testów, miała też miejsce 19 i 20 stycznia, podczas pierwszego i drugiego dnia Testów także zadawano pytania:

- i. 19 stycznia – 4 pytania
- ii. 20 stycznia – 7 pytań
- iii. 22 stycznia – 6 pytań

Zdaniem odwołującego Asseco, odpowiedź na pytanie 1 z dnia 22.01.2021 ma taki sam charakter, jak odpowiedź na pytanie 5 z dnia 19.01.2021r. – w obu przypadkach Zamawiający odpowiedzią zmienił treść Jednostki zadaniowej, czego Regulamin nie przewiduje. Nie zmienia to jednak faktu, że pierwotna treść Jednostki zadaniowej była inna, niż treść po zmianie dokonanej w/w odpowiedziami i w obu przypadkach zmiana treści co najmniej mogła mieć wpływ na przebieg realizacji Testów. Co więcej – bez odpowiedzi na pytanie 5 z dnia 19.01.2021 i zmiany treści zadania JZ2a jego rozwiązanie nie było możliwe.

Zamawiający zachował się prawidłowo w dniu 22.01.2021, a tym samym – także w dniu 19 i 20 stycznia 2021 r. powinien przedłużyć czas trwania Testu o czas udzielania odpowiedzi de facto zmieniających treść zadań, a wręcz umożliwiających dopiero rozwiązanie zadań.

Odwołujący wskazał, że przyznanie Odwołującemu 0 pkt za realizację zadania JZ2a, zostało dokonane niezgodnie z SIWZ, albowiem zostało poprzedzone skróceniem czasu realizacji jednostek zadaniowych przez Zamawiającego w trybie i zakresie niezgodnym z SIWZ, Załącznik 10 ppkt 4.2, z przyczyn niezależnych od Odwołującego. Odwołujący Asseco

podkreślał, iż stan realizacji zadania JZ2a na moment rozpoczęcia realizacji przez Zamawiającego czynności, o której mowa w SIWZ, Załącznik 10 ppkt 4.3 („zebranie wyników realizacji jednostek zadaniowych”), wymagał jedynie czasu kilkunastu minut do jego zakończenia, tym samym zaniechanie Zamawiającego skutecznie ograniczyło mu możliwość poprawnego zrealizowania zadania.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący Asseco wskazał, że bezzasadne jest przyznanie mu 0 pkt za realizację Jednostki zadaniowej – „Tuxedo/Informix/HP-UX (JZ3)” zadanie c) „Zadanie dotyczy konfigurowania systemu HP-UX oraz przywracania zadanych funkcjonalności” (dalej „JZ3c”).

Odwołujący Asseco wskazał, że zamawiający sformułował i przekazał w dniu 20.01.2021 Wykonawcom treść Jednostki Zadaniowej 3. Treść ta była niejednoznaczna, w wyniku czego zarówno on, jak i Konsorcjum Comarch zadali pytania w celu określenia jednoznacznej interpretacji wymagań Zamawiającego.

Zamawiający zaniechał przedłużenia trwania Testu kompetencji technicznych w dniu 20.01.2021 o czas udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców, dotyczących Jednostki Zadaniowej 3 i tym samym Zamawiający ograniczył czas realizacji Testów kompetencji Technicznych, o którym mowa w SIWZ, Załącznik 10 ppkt 4.2, z przyczyn niezależnych od Odwołującego.

Odwołujący Asseco podkreślił, iż stan realizacji zadania JZ3c na moment rozpoczęcia realizacji przez Zamawiającego czynności, o której mowa w SIWZ, Załącznik 10 ppkt 4.3 („zebranie wyników realizacji jednostek zadaniowych”), wymagał kilkunastu minut do jego zakończenia, tym samym zaniechanie Zamawiającego skutecznie ograniczyło Odwołującemu możliwość poprawnego zrealizowania zadania. Wobec powyższego przyznanie mu 0 pkt za realizację zadania JZ3c zostało dokonane niezgodnie z SIWZ, albowiem zostało poprzedzone skróceniem czasu realizacji jednostek zadaniowych przez Zamawiającego w trybie i zakresie niezgodnym z SIWZ, Załącznik 10 ppkt 4.2, z przyczyn niezależnych od niego.

Odwołujący Asseco wniósł o unieważnienie Testów kompetencji technicznych przeprowadzonych w dniach 19 i 20 stycznia 2021 r. i ponowne przeprowadzenie Testów kompetencji technicznych w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 i Jednostki Zadaniowej 3, z poszanowaniem postanowień SIWZ, w szczególności pkt 14 i 15 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych”.

Zarzut 4 - Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych

przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Wykazu osób, Wykazu usług - Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wezwania Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wraz z odpowiedzią Konsorcjum Comarch z 27 stycznia 2021 r., pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Asseco wskazał, że 4 lutego 2021 roku złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Argumentował, że 8 lutego 2021 r. udostępniono mu jedynie część dokumentacji, przy czym:

- a. wezwanie Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r.
- b. odpowiedź Konsorcjum z 27 stycznia 2021 r.

udostępniono w takim zakresie, że z w/w pism nie wynika zupełnie nic, w szczególności nie wiadomo nawet, jakich dokumentów dotyczy wezwanie oraz czy Konsorcjum Comarch uzupełniło dokumenty, czy też nie uzupełniło, a np. jedynie złożyło wyjaśnienia. Odwołujący Asseco argumentował, że nie może obecnie nawet zbudować zarzutu ewentualnego zaniechania po stronie Konsorcjum Comarch należytej odpowiedzi na wezwanie z 22 stycznia 2021 r. Zdaniem odwołującego Asseco wymaganie od niego, aby „domyślał” się, jaki jest zakres wezwania oraz jaki jest zakres odpowiedzi byłoby nadużyciem. Odwołujący Asseco wyjaśnił, że nie podnosi żadnych zarzutów w zakresie przedmiotowych pism (innych niż ich bezprawne nieudostępnienie), gdyż bezprawne zaniechanie Zamawiającego po prostu uniemożliwiło mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że nie udostępniono mu – według wskazania Zamawiającego – dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że nie ma przygotowanej wersji, która mogłaby zostać udostępniona. Wersja taka zostanie „zanonimizowana” (według wskazania Zamawiającego) i przekazana w innym terminie. Okoliczność ta została uwzględniona w Notatce z dnia 8 lutego 2021 roku.

Odwołujący Asseco podniósł, że dopiero 10 lutego 2021 roku (6 dni po wyborze) Zamawiający udostępnił mu:

- a. Część pisma Konsorcjum Comarch z dnia 16 grudnia 2020 roku „Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej”
- b. Część pisma „Zastrzeżenie i uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”

Odwołujący Asseco wskazał, że nie udostępniono mu w ogóle Wykazu osób, przy czym zamawiający nie wskazał żadnych przyczyn braku udostępnienia całego dokumentu.

Odwołujący Asseco wskazał, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów – jak uczyniło to Konsorcjum Comarch w stosunku do Wyjaśnień RNC, jeśli niektóre części danego dokumentu nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zdaniem odwołującego Asseco konsorcjum Comarch – zastrzegając jakieś informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa – miał obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej z art. 11 ust. 2 uznk.

W odniesieniu do zastrzeżenia Wyjaśnień RNC, odwołujący Asseco wskazał, że Konsorcjum Comarch zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość Wyjaśnień RNC. Zamawiający w dniu 21.01.2021r. odtajnił Wyjaśnienia RNC w zakresie, w jakim Konsorcjum Comarch przepisało do Wyjaśnień RNC postanowienia SIWZ lub zamieściło ogólne sformułowania. Samo bezrefleksyjne zastrzeżenie całości dokumentu, a nie – informacji stanowiących rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa – wskazuje na to, że Konsorcjum Comarch na żadnym etapie nie dokonało rzeczowej i realnej analizy zastrzeganych informacji. W miejsce rzeczywistej analizy, do czego było zobowiązane zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, konsorcjum Comarch po prostu zastrzega całe dokumenty. Odwołujący Asseco wskazał, że nie obejmuje żądaniem zarzutu udostępnienia załączników w postaci umów o pracę czy też innych umów dla specjalistów, skierowanych przez Konsorcjum Comarch do realizacji umowy. Umów podwykonawczych Konsorcjum Comarch nie załączyło, wobec oświadczenia o braku podwykonawców. Co do innych załączników – Odwołujący Asseco argumentował, że nie udostępniono nawet listy załączników i ich liczby, a zatem nie może zająć stanowiska w tej sprawie. Zdaniem odwołującego Asseco konsorcjum Comarch w uzasadnieniu dołączonym do Wyjaśnień RNC nie wykazało spełnienia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie podało wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji. Uzasadnienie w ogóle pomija niezbędny element, jakim jest wykazanie wartości gospodarczej.

Odwołujący Asseco podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień RNC obejmuje 8,5 strony. Jednakże szczegółowa analiza wskazuje, że uzasadnienie jest ogólnikowe, nie odnoszące się do konkretnego dokumentu, obejmuje orzeczenia KIO, w miejsce wykazania wartości gospodarczej:

a. Str. 1 – 2 to wskazanie, na „konieczność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pisma z wyjaśnieniami”, zacytowanie Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wskazanie, że wyjaśnienia zawierają sposób wyliczenia ceny oferty oraz optymalizację ceny;

b. Str. 3 – 5 to wyłącznie cytowanie orzeczeń. Jest to treść całkowicie irrelevantna dla jakości i zawartości uzasadnienia. Zamieszczanie w uzasadnieniu zastrzeżenia jawności orzeczeń Izby jest całkowicie niepotrzebne i w żadnym stopniu nie wpływa na jakość i rzetelność uzasadnienia;

c. Str. 5 – 7 zostały zastrzeżone. Niemniej jednak można z treści wywnioskować, że znajduje się uzasadnienie dla objęcia tajemnicą złożonych dowodów.

d. Str. 7, 1 akapit pod zastrzeżonym fragmentem – to uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności samego uzasadnienia;

e. Str. 7 ostatni akapit – str. 8 – wskazanie na politykę bezpieczeństwa oraz podjęte działania.

Zdaniem odwołującego Asseco, z powyższej analizy wynika, że w treści uzasadnienia Konsorcjum Comarch nie wykazało wartości gospodarczej informacji zawartych w samych Wyjaśnieniach RNC, jedyny fragment uzasadnienia dotyczących samych wyjaśnień został zamieszczony na str. 2. Są to jednak ogólniki, bez odniesienia się do konkretnych Wyjaśnień RNC. Odwołujący argumentował, że np. nie ma tam żadnego omówienia wartości gospodarczej samej metodyki, sposobu szacowania pracochłonności. Tymczasem właśnie ten element jest kluczowy dla treści Wyjaśnień RNC. Zgodnie ze szczegółowym wezwaniem Zamawiającego w tym zakresie, to właśnie na szacowaniu pracochłonności powinni skupić się wykonawcy w składanych wyjaśnieniach.

W odniesieniu do zastrzeżenia samego uzasadnienia zastrzeżenia Wyjaśnień RNC odwołujący wskazał, że Konsorcjum Comarch zastrzegło także jawność części uzasadnienia. Z udostępnionej treści trudno wyczytać, co znajduje się w tych zastrzeżonych częściach uzasadnienia. Odwołujący Asseco uważał jednak, że nie znajdują się tam żadne informacje, które miałyby wykazać wartość gospodarczą. Już samo to dyskwalifikuje skuteczność zastrzeżenia. Zdaniem odwołującego Asseco konsorcjum Comarch nie wykazało w ogóle spełnienia się przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji zawartych w zastrzeżonej części uzasadnienia. Także ta okoliczność powoduje, że Zamawiający powinien udostępnić całość tego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego rozstrzygające nie jest to, czy dane informacje teoretycznie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Kluczowe jest to, czy miało miejsce wykazanie przez wykonawcę, że spełnione są przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeśli dana informacja teoretycznie mogłaby zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania ziszczenia się przesłanek, to zastrzeżenie jawności jest nieskuteczne. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie dołączone przez Konsorcjum Comarch do Wyjaśnień RNC nie wykazuje ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek, w szczególności Konsorcjum Comarch pominęło zupełnie podanie wartości gospodarczej do każdej z zastrzeganych informacji.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób odwołujący podniósł, że nie udostępniono mu w ogóle wykazu osób. Jest to zupełnie niezrozumiałe, gdyż Wykaz taki – ze swej istoty – zawiera szereg różnych informacji, w tym informacje, które w ogóle nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa:

a. Wynikająca z SIWZ treść Wykazu osób – część Wykazu jest narzucona przez Zamawiającego w SIWZ; Warto wskazać, że w przypadku Wykazu usług Zamawiający uznał, że ta część wykazu, która jest przepisaniem SIWZ, nie może w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego Asseco, zamawiający powinien tak samo potraktować odpowiednie treści w Wykazie usług

b. Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany – jeśli jest to podmiot publiczny;

c. Wskazane w SIWZ technologie wykorzystywane w referencyjnym projekcie

d. Wskazanie, jaki certyfikat, spośród kilku dopuszczonych przez Zamawiającego, posiada specjalista,

e. Wskazanie dysponowania daną osobą – musi to być zasób własny, gdyż Konsorcjum Comarch nie ma podwykonawców.

Reasumując – Konsorcjum Comarch mogło co najwyżej (z zastrzeżeniem argumentacji poniżej) zastrzec imię i nazwisko oraz nazwę projektu – gdyż tylko te dane w ogóle stanowią informacje organizacyjne lub techniczne.

Odwołujący Asseco podniósł, że po zapoznaniu się z uzasadnieniem zastrzeżenia całości Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że Konsorcjum Comarch nie podało żadnej konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Ograniczyło się do bardzo obszernego wywodu o podkupywaniu pracowników. Jednak ryzyko utraty pracownika nie jest wystarczającym uzasadnieniem, to tylko warunek sine qua non. Do skutecznego zastrzeżenia konieczne jest zawsze podanie konkretnej wartości gospodarczej. Zdaniem odwołującego Asseco informacje dotyczące wykształcenia, kwalifikacji oraz doświadczenia specjalistów wskazanych przez Konsorcjum Comarch nie stanowią własności przedsiębiorstwa czy to Konsorcjum Comarch, czy to członków konsorcjum, lecz stanowią własność osób, których powyższe informacje dotyczą – a tym samym Konsorcjum Comarch w ogóle nie może tych informacji zastrzegać.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zastrzeżenia Wykaz usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie odwołujący Asseco argumentował, że Konsorcjum Comarch złożyło 2 Wykazy usług, z czego dokument Wykaz usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie zastrzegło w całości. Dopiero Zamawiający pismem z 21.01.2021 r.

„Odtajnienie dokumentów” odtajnił część Wykazu usług – Tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, że do Wykazu usług przepisano treść SIWZ i w tym zakresie Zamawiający dokonał odtajnienia. Konsorcjum Comarch uznało czynność Zamawiającego za prawidłową. Odwołujący Asseco podniósł, że udostępnieniu powinien podlegać cały Wykaz usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a to z dwóch przyczyn. Po pierwsze Konsorcjum Comarch w „Oświadczeniu o zastrzeżeniu informacji” nie wykazało spełnienia się wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

a. Konsorcjum Comarch ograniczyło się do stwierdzenia, że umowy zawarte w Wykazie usług dotyczą zamówień realizowanych na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania przepisów Praw zamówień publicznych i są to zamówienia „niepubliczne”. Właściwie do takiej argumentacji ogranicza się treść uzasadnienia w tym zakresie.

b. Konsorcjum Comarch w ogóle nie wskazało wartości gospodarczej – w tym zakresie ograniczyło się do stwierdzenia, że wykaz zawiera „informacje handlowe (posiadające wartość gospodarczą)”. Takie stwierdzenie jest niewystarczające dla uznania, że Konsorcjum Comarch sprostало ciężarowi dowodu.

c. Dalsze uzasadnienie z kolei pozostaje w sprzeczności z treścią Wykazu – Konsorcjum Comarch wskazuje, że można z wykazu nabyć wiedzę o tym „jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami dostaw i usług (publiczne czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki jej szczebel)”. Skoro samo Konsorcjum Comarch w pierwszym zdaniu uzasadnienia wskazało, że to podmioty niepubliczne, to wskazany cytat z uzasadnienia świadczyć może tylko o jednym – uzasadnienie jest standardowe, w ogóle nie dostosowane do tego konkretnego wykazu usług. Już sama ta okoliczność dyskredytuje to uzasadnienie.

d. Kolejnym argumentem uzasadnienia jest: „Wykaz pokazuje wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji określonych dostaw i usług”. Nie jest to twierdzenie prawdziwe, bo wskazano tylko, cytując SIWZ, jakie kwoty minimalne wymagane w SIWZ zostały przekroczone. Warto też wskazać, że dla usługi organizowania usługi przetwarzania danych nawet tej kwoty nie wpisano, a podano „do wpisania”. A zatem także ten argument jest sprzeczny z treścią Wykazu usług. Przede wszystkim należy jednak wskazać, że kwoty te Zamawiający odtajnił, a Konsorcjum Comarch nie uznało, aby to w jakiś sposób naruszało jego pozycję rynkową. Zgoda na odtajnienie Wykazu w części pierwotnie zastrzeżonej wskazuje, że celem działania Konsorcjum Comarch nie była bynajmniej chęć ochrony rzeczywistej tajemnicy przedsiębiorstwa, ale celem tym było uniemożliwienie konkurencji zbadania poprawności Wykazu usług.

Zdaniem odwołującego Asseco, podstawowym argumentem, który uzasadnia to, że Konsorcjum Comarch w sposób nieuprawniony zastrzegło Wykaz usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jest okoliczność, że większość usług zawartych w tym wykazie (być może oprócz usługi

utrzymania narzędzi i procesów zarządzania IT, str. 6 – 7) to usługi świadczone w ramach Grupy Kapitałowej Comarch, czyli usługi świadczone przez Comarch Polska SA lub Comarch SA na rzecz innych spółek z Grupy Kapitałowej Comarch. Okoliczność ta wynika z treści Wykazu usług i zamieszczenia w nim 2 rodzajów informacji:

- a. Kolumna „Odbiorca usługi” – tutaj wskazano spółkę z Grupy Kapitałowej Comarch;
- b. Kolumna „Opis przedmiotu wykonywanej/wykonanej usługi wraz z podaniem informacji o sposobie realizacji usługi” – tutaj wskazano odbiorcę usługi, podmiot spoza Grupy Kapitałowej Comarch. Zamieszczono sformułowanie: „Usługa jest realizowana dla ...”

Zdaniem Odwołującego Asseco z powyższej treści Wykazu usług wynika, że usługi zamieszczone w tym wykazie to usługi świadczone przez Comarch Polska SA lub Comarch SA na rzecz innych spółek z Grupy Kapitałowej Comarch. Skutek tej okoliczności jest oczywisty – przedmiotowe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż fakt, że spółki z jednej Grupy Kapitałowej współpracują ze sobą jest faktem oczywistym, powszechnie znanym, wręcz notoryjnym. A tym samym pozyskanie przez Asseco Poland S.A. (czy inne podmioty z rynku) informacji, że Comarch Polska SA lub Comarch SA świadczy usługi na rzecz innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch w żadnym przypadku nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej czy to członków Konsorcjum Comarch, czy też innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch. Co więcej – transakcje dokonywane w ramach spółek jednej grupy kapitałowej z mocy prawa są ujawniane w sprawozdaniu skonsolidowanym podmiotu dominującego danej grupy kapitałowej. Podmiot dominujący Grupy Kapitałowej Comarch to Comarch S.A., spółka notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. W przypadku spółek publicznych sprawozdanie skonsolidowane jest upubliczniane i powszechnie dostępne. Zatem wszystkie informacje o transakcjach pomiędzy spółkami z Grupy Kapitałowej Comarch są informacjami jawnymi, powszechnie dostępnymi i jako takie nie spełniają jednej z przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego Asseco fakt, że usługi wskazane w Wykazie usług – Tajemnica przedsiębiorstwa to usługi wykonywane wewnątrz Grupy Kapitałowej Comarch powoduje, że także inne elementy uzasadnienia nie mają żadnego znaczenia dla tego konkretnego stanu faktycznego – przykładowo wskazano, że znajomość informacji z Wykazu usług mogłaby doprowadzić do przejęcia klientów. Jest to stwierdzenie kuriozalne – nie można bez woli stron umowy przejąć umów realizowanych pomiędzy spółkami z jednej grupy kapitałowej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zastrzeżenia wezwania Zamawiającego z 22.01.2021 r. oraz odpowiedzi Konsorcjum Comarch z 27.01.2021 r. odwołujący Asseco wskazał, że Zamawiający 22 stycznia 2021 r. wystosował do Konsorcjum Comarch „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień”. I jest to jedyna treść,

jaką Odwołujący pozyskał z dokumentu w formie udostępnionej przez Zamawiającego. Dokument liczy 3,5 strony, z czego Zamawiający oznaczył jako tajemnicę przedsiębiorstwa właściwie całą treść, poza 2 fragmentami.

Odwołujący Asseco podniósł, że pkt 4.4.3 SIWZ, o którym mowa w wezwaniu, to punkt Oświadczenia i dokumenty składane na podstawie wezwania Zamawiającego, w którym wskazano 12 różnych dokumentów/oświadczeń. Odwołujący wskazał, że zatem obecnie nie ma nawet wiedzy, czy wezwanie dotyczy np. Wykazu usług czy Wykazu osób, a może Opinii bankowej czy Polisy OC? Zakres utajnienia przedmiotowego wezwania wskazywać może, że Zamawiający chciałby utajnić przed nim, o co właściwie wzywał Konsorcjum Comarch.

Odwołujący Asseco podniósł, że ewentualna część wezwania może zawierać informacje będące obecnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby tylko te fragmenty wezwania utajnić wobec niego. Przykładowo w przypadku wezwania dotyczącego Wykazu osób, można utajnić (na chwilę obecną) np. imię i nazwisko czy nazwę projektu, ale nie można utajnić faktu, że Zamawiający wystosował wezwanie dotyczące Wykazu osób oraz nie można utajnić, jakiego typu wątpliwości miał Zamawiający. Z treści wezwania nie sposób nawet wyczytać, ile pytań w zakresie wezwania do wyjaśnień zadał Zamawiający. Dopiero z odpowiedzi Konsorcjum Comarch wynika, że tych pytań było 2. Skoro Wykaz usług Zamawiający w dużym stopniu odtajnił, a zatem i wezwanie w tym zakresie powinno być jawne.

Odwołujący Asseco podniósł, że zakres utajnienia pisma Konsorcjum Comarch jest pochodną zakresu utajnienia Wykazu osób i Wykazu usług. Odwołujący wykazał powyżej, że dokumenty te powinny być jawne, a zatem także o przedmiotowa odpowiedź powinna być jawna.

Zarzut 5 - Zarzut ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 4 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Comarch nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 Ustawy.

Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych Wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez niego dostępu do całości Wyjaśnień RNC – zgodnie z poprzednim

zarzutem. W związku z powyższym niniejszy zarzut podniósł jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 – 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy powinien brać swój początek w Wyjaśnieniach RNC (w treści tych wyjaśnień). W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny poprzedni, Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia.

Odwołujący Asseco podniósł, że nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią Wyjaśnień RNC właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści tego dokumentu. Wskazał, że dopiero po udostępnieniu bezprawnie utajnionej części Wyjaśnień RNC może przedstawić pełną argumentację. Podkreślał, że żaden przepis Ustawy PZP nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony zaniechanie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Odwołujący Asseco podniósł, że w postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Comarch – wynika to z porównania ceny ofert z szacunkową wartością zamówienia. Obalenie tego domniemania powinno obejmować wszystkie elementy wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

5.1. Istotna rozbieżność pomiędzy wyceną tych samych usług w 2 różnych dokumentach: w ofercie złożonej przez Konsorcjum Comarch w niniejszym postępowaniu oraz w Aneksie nr 5 – dotyczy usług wskazanych w Załączniku nr 1.

Odwołujący Asseco podniósł, że po częściowym odstąpieniu przez Zamawiającego w lutym 2019 roku od Umowy ZUS – Comarch z winy Konsorcjum Comarch wynagrodzenie należne Konsorcjum Comarch zostało ustalone przez ZUS na poziomie 1 385 453,11 zł z VAT miesięcznie. W kolejnych miesiącach wynagrodzenie to było podwyższane w związku ze zlecaniem Konsorcjum Comarch nowych usług utrzymania lub dostosowywaniem zakresu pierwotnie świadczonych i obecnie osiągnęło poziom 3 420 972,63 zł z VAT miesięcznie. Pokazuje to Tabela 1 w Załączniku nr 1 do pisma. Podkreślał, że zakres usług po zmianach to nadal znacznie mniej niż połowa zakresu usług utrzymania KSI ZUS, a wysokość nowego wynagrodzenia była za każdym razem ustalana pomiędzy ZUS a Konsorcjum Comarch. ZUS był uprawniony do negocjowania wysokości zwiększanego wynagrodzenia.

Odwołujący Asseco wskazał, że zakres usług świadczonych przez Konsorcjum Comarch na podstawie Umowy ZUS – Comarch i usług objętych ofertą nie są oczywiście tożsame – Konsorcjum Comarch świadczy ok. 40% usług objętych niniejszym postępowaniem. Niemniej jednak możliwe jest porównanie wynagrodzenia Konsorcjum Comarch z tytułu Umowy ZUS – Comarch (obecnie świadczonych usług utrzymania KSI) do wyceny tych samych usług w ofercie Konsorcjum Comarch złożonej w niniejszym postępowaniu. Ceny w ofercie są blisko trzykrotnie niższe niż ceny, za które obecnie Konsorcjum Comarch świadczy usługi. Pokazuje to Tabela 2 w załączniku nr 1 do pisma.

Zdaniem odwołującego Asseco, porównanie kwot wynagrodzenia obecnie otrzymywanego przez Konsorcjum Comarch na podstawie Umowy ZUS – Comarch z cenami z oferty wskazuje, że mamy do czynienia z blisko trzykrotnym niedoszacowaniem wyceny usług w ofercie Konsorcjum Comarch. Wynika to z przyjęcia założenia, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie, obecnie wypłacane przez ZUS na rzecz Konsorcjum Comarch jest wynagrodzeniem ustalonym rzetelnie, z zachowaniem przez ZUS wszystkich zasad dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem odwołującego, któraś cena jest nieprawidłowa:

- a) albo Konsorcjum Comarch złożyło ofertę z rażąco niską ceną;
- b) albo Konsorcjum Comarch w wyniku ustaleń z ZUS otrzymuje 3-krotnie zawyżone wynagrodzenie za obecnie świadczone usługi.

Tertium non datur – nie ma innej niż jedna z powyżej wskazanych możliwości, w szczególności nie jest możliwe, aby obie ceny były rynkowe, obejmujące koszty i uczciwy zysk.

Odwołujący Asseco argumentował, że na etapie oceny ofert zwrócił uwagę zamawiającego na powyższą rozbieżność, wskazując, że konieczne jest wyjaśnienie przedmiotowej kwestii. Jednak zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek działań w tym zakresie, w szczególności nie wystosował do Konsorcjum Comarch wniosku o wyjaśnienie rozbieżności w wycenie tych samych usług. Odwołujący Asseco wskazał, że przyjmuje za Zamawiającym, że prawidłowe jest wynagrodzenie wynikające z Umowy ZUS – Comarch, bo przecież nie można Zamawiającemu postawić zarzutu działania na szkodę Skarbu Państwa. A skoro właściwe jest wynagrodzenie wynikające z Umowy ZUS – Comarch i nie jest ono bezprawnie zawyżone, np. nie zawiera ponad 100% marży, to logiczny skutek tego założenia jest tylko jeden – wynagrodzenie określone w ofercie Konsorcjum Comarch jest rażąco niskie.

Zdaniem odwołującego Asseco, zwiększenie wynagrodzenia w ramach obecnie świadczonej umowy przez konsorcjum Comarch wynika głównie z powołania przez ZUS 7 nowych usług utrzymania, które zostały wycenione nieproporcjonalnie wysoko w stosunku do pozostałych usług utrzymania z oferty złożonej w 2017 roku. Oznacza to, że Konsorcjum

Comarch wygrało poprzednie postępowanie tylko dzięki zaoferowaniu bardzo niskiej ceny oferty, która to cena została następnie blisko 3-krotnie podniesiona w wyniku zlecenia przez Zamawiającego 7 dodatkowych usług po rażąco zawyżonej cenie. Przedstawia to Tabela 1 w załączniku nr 1 do pisma.

5.2. Brak wskazania w Wyjaśnieniach RNC założeń i podstaw dla oszacowania pracochłonności , których wskazania Zamawiający wymagał w „Wezwaniu dotyczącym wyliczenia ceny”.

Odwołujący Asseco argumentował, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia Wyjaśnień RNC zażądał przedstawienia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów w zakresie *„kosztów wynagrodzeń i pochodnych, przy uwzględnieniu przyjętej przez Wykonawcę i wskazanej w wyjaśnieniach pracochłonności realizacji poszczególnych usług”,* wyraźnie wskazując, że *„Wyjaśnienia powinny zawierać założoną przez Wykonawcę pracochłonność dla danych usług wraz ze wskazaniem podstaw dla przyjęcia tej pracochłonności, dobór pracowników, przypisane im stawki wynagrodzenia oraz kalkulację całkowitą kosztów wynagrodzenia w oparciu o dane wyjściowe.”*

Zdaniem odwołującego Asseco, jak wynika z w/w treści wezwania samo zadeklarowanie przez Konsorcjum Comarch „jakiejś” pracochłonności (tak jak to miało miejsce w roku 2017) danej usługi nie będzie w tym konkretnym przypadku wystarczające. Zamawiający wyraźnie wymagał wskazania w wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny oferty w zakresie kosztów osobowych według następującego schematu:

- a. wskazanie założonej przez Wykonawcę pracochłonności dla danych usług – pracochłonność ta musi zostać „założona” (oszacowana), gdyż w sposób oczywisty nie wynika ona z postanowień SIWZ czy przepisów prawa. Niemniej jednak oszacowanie to ma być dokonane w oparciu o racjonalne i uzasadnione założenia, wskazane przez Zamawiającego.
- b. wskazanie podstaw dla przyjęcia tej pracochłonności – jest to kluczowy element: Zamawiający wymaga wskazania podstaw dla pracochłonności założonej/przyjętej zgodnie z pkt a. O ile sama wartość pracochłonności w tym konkretnym przypadku jest założeniem wykonawcy (wobec braku wskazania pracochłonności w SIWZ), to jednak nie może ona być „wyszana z palca” czy też „wzięta z sufitu” – jak to miało miejsce w przypadku wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Comarch w 2017 roku. Zamawiający wyraźnie wymaga w wezwaniu podania podstaw dla przyjęcia tej pracochłonności. Podstawy te mogą być różne, w zależności od przyjętej przez Konsorcjum Comarch metodyki, ale zawsze muszą być wskazane w wyjaśnieniach. Zgodnie z dobrą praktyką na rynku IT podstawami dla przyjęcia pracochłonności są:

i. Wskazanie zakresu każdej z usług zdefiniowanych w SIWZ, który determinuje rodzaj specjalistów oraz wymiar ich zaangażowania niezbędne do świadczenia usług. Za kluczowe w tym zakresie należy uznać następujące wymagania:

- liczba metryk usług oraz parametrów w nich zdefiniowanych,
- wymagania dotyczące dostępności Centrum Zgłoszeniowego Wykonawcy oraz reżimu obsługi incydentów i zgłoszeń serwisowych,
- pozostały zakres zadań realizowanych w ramach usług, ze szczególnym uwzględnieniem działań realizowanych w cyklu podwyższonej dostępności Wykonawcy (np.: w reżimie 7x24).

ii. Wskazanie dostępnych Konsorcjum Comarch informacji umożliwiających wymiarowanie pracochłonności ww. zakresu usług, w tym informacji udostępnianych w toku bieżącej realizacji procesów utrzymania KSI ZUS oraz dotychczasowego świadczenia Usług Utrzymania. Za kluczowe w tym zakresie należy uznać:

- informacje dotyczące zakresu architektury KSI objętej utrzymaniem w ramach każdej z usług,
- informacje dotyczące statystyki obsługi zgłoszeń, z uwzględnieniem reżimu obsługi dla każdej z usług,
- skala projektów i zmian w KSI ZUS oraz zakres odpowiedzialności Wykonawcy za ich poprawną realizację, z uwzględnieniem wpływu tych zmian na utrzymywane usługi,
- informacja o skali rzeczywistego wykorzystania opcjonalnych zobowiązań Wykonawcy (np.: możliwość wykorzystania dodatkowego dnia świadczenia usługi),
- rzeczywisty poziom obciążenia zadaniami realizowanymi w trybie podwyższonej dostępności (np.: 7x24).

iii. Wskazanie założeń, które Konsorcjum Comarch powinno przyjąć, a które uwzględniają specyficzne dla jego organizacji uwarunkowania pracochłonności świadczenia ww. usług wraz ze wskazaniem ich podstaw. Za kluczowe w tym zakresie należy uznać:

- dane historyczne pozyskane w wyniku świadczenia/uczestniczenia w realizacji procesów utrzymania KSI ZUS (np.: średnia pracochłonność obsługi zgłoszeń, średnia pracochłonność testów przypadających na określony zakres zmian w KSI ZUS, zakres pracochłonności Wykonawcy podlegający skutecznej automatyzacji),
- wiedza i doświadczenie pozyskane w wyniku świadczenia usług podobnych, wraz z założeniami dotyczącymi specyfiki usług określonych w SIWZ.

iv. Wskazanie działań – uwzględniając długi okres realizacji Umowy – jakie Wykonawca podejmie w związku z ciągłym rozwojem KSI.

Co istotne – w/w podstawy powinny być wskazane osobno dla każdej z usług.

c. dobór pracowników – wymaganie wskazania sposobu doboru pracowników, a zatem Zamawiający wymaga wskazania rodzajów specjalistów kierowanych do świadczenia

każdej z usług. Nie jest wystarczające wskazanie np. 15 osób dla Usługi 1, bez wyraźnego przyporządkowania do poszczególnych kategorii specjalistów dla każdego rodzaju usługi.

- d. przypisane im stawki wynagrodzenia – wymaganie przypisania stawek wynagrodzenia dla poszczególnych specjalistów lub ich kategorii. Nie jest wystarczające wskazanie jednej stawki czy nawet dwóch lub trzech stawek, ale stawek ogólnych, bez wyraźnego przyporządkowania do poszczególnych kategorii specjalistów. Jest to istotna zmiana w stosunku do poprzednich wezwań Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny ofert. Nigdy wcześniej Zamawiający nie wymagał przyporządkowania stawek do specjalistów.
- e. kalkulacja całkowita kosztów wynagrodzenia w oparciu o dane wyjściowe – wyliczenie kosztów wynagrodzenia w oparciu o dane z pkt a) – d).

Odwołujący wskazał, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny nie została objęta odwołaniem, a zatem stała się wiążąca dla wykonawców. Tym samym Konsorcjum Comarch było zobowiązane złożyć wyjaśnienia według powyższego schematu, zawierające wszystkie w/w elementy wymagane przez Zamawiającego. Brak któregośkolwiek z w/w elementów skutkuje tym, że wyjaśnienia Konsorcjum Comarch są niewystarczające i ogólnikowe.

Zdaniem odwołującego Asseco, kluczowe dla prawidłowej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego są 2 elementy:

- wskazanie podstaw dla przyjęcia pracochołności każdej z usług – ma to być wskazanie konkretnych, rzeczywistych danych (liczb).
- dobór pracowników dla każdej z usług – Konsorcjum Comarch musi wskazać, jakiego rodzaju specjaliści są przeznaczeni dla świadczenia każdej z usług.

Odwołujący Asseco, opierając się na doświadczeniach z innych postępowań prowadzonych przez ZUS, w których Konsorcjum Comarch składało wyjaśnienia w zakresie ceny oferty (a które częściowo zostały mu udostępnione), wnioskuje, że Konsorcjum Comarch nie sprostало powyższym wymaganiom. W szczególności wynika to z wyjaśnień złożonych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia Umowy wykonawczej na „Migrację domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”.

5.3. Przyjęcie nieprawidłowych założeń i podstaw dla oszacowania pracochołności w zakresie utrzymania usług aplikacyjnych IT – błędna kalkulacja wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług Etapu I.

Zdaniem odwołującego Asseco, naturalną podstawą dla szacowania pracochołności w zakresie aplikacyjnych usług utrzymania, których Konsorcjum Comarch nigdy nie świadczyło,

czyli usług Etapu I (zakres usług świadczony przez Asseco) powinny być doświadczenia i dane dotyczące pracochłonności dla aplikacyjnych usług utrzymania świadczonych obecnie przez Konsorcjum Comarch, czyli usług Etapu II. Szacowanie takie będzie o tyle prawidłowe, o ile uwzględni się prawidłowo obiektywne, dostępne obu wykonawcom (np. w Rejestrze Architektury KSI czy raportach z obsługi zgłoszeń) inne dane dotyczące aplikacyjnych usług utrzymania Etapu I w porównaniu do usług Etapu II. W szczególności, że liczba Zgłoszeń w ramach usług Etapu I jest wielokrotnie większa niż liczba Zgłoszeń w zakresie usług Etapu II, a charakter większości z tych Zgłoszeń (konsultacje dla użytkowników czy korekty naprawy danych) wymaga zaangażowania specjalistów z unikalną wiedzą o procesach biznesowych ZUS, o architekturze danych KSI oraz mechanizmach wsparcia procesów biznesowych ZUS przez aplikacje i usługi IT w KSI ZUS. Inną obiektywną miarą wpływającą na prawidłowe oszacowanie pracochłonności świadczenia usług Etapu I na bazie pracochłonności usług Etapu II jest średnia liczba zmian wprowadzanych do aplikacji objętych usługami Etapu I i II, która wprost determinuje pracochłonność czynności w ramach aplikacyjnych usług utrzymania.

Odwołujący Asseco przedstawił porównanie kluczowych danych dotyczących aplikacyjnych usług utrzymania wchodzących w zakres obu Etapów w formie tabelarycznej. Następnie odwołujący Asseco wywiódł, że w załączniku 1 do SIWZ Zamawiający wskazał wagi dla poszczególnych zadań w ramach utrzymania usług aplikacyjnych IT. Wynika z nich, że łączna waga obsługi Zgłoszeń (incydentów oraz konsultacji utrzymaniowych) dla aplikacji interakcyjnych (wykorzystywanych przez użytkowników) to od 25% do 65% pracochłonności – średnio 30%.

Z samego tylko faktu ponad 12-krotnie większej liczby Zgłoszeń przy 30% udziale tych zadań w pracochłonności usług utrzymania wynika, że tylko z tego powodu całkowita pracochłonność usług Etapu I w porównaniu do pracochłonności Etapu II jest ponad 4-krotnie wyższa. Do tego należy dodać większą pracochłonność zadań związanych z administrowaniem, których waga wynosi 35% oraz większą o pracochłonności zadań związanych z utrzymaniem SLA, których waga wynosi również 35%. W efekcie całkowita pracochłonność usług Etapu I w porównaniu do usług Etapu II jest minimum 4-krotnie wyższa. Zdaniem odwołującego Asseco wskazana w Wyjaśnieniach RNC Konsorcjum Comarch pracochłonność utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I jest istotnie zaniżona i nie może być podstawą do prawidłowej wyceny usług Etapu I.

5.3. Przyjęcie nieprawidłowych założeń i podstaw dla oszacowania pracochłonności w zakresie pełnienia roli Integratora, błędna kalkulacja wynagrodzenia.

Zdaniem odwołującego Asseco, dla szacowania pracochłonności pełnienia roli Integratora Konsorcjum Comarch wskazało jedynie treść SIWZ w zakresie opisu zadań i produktów, do których dostarczenia zobowiązany jest wykonawca (str. 30-33 Wyjaśnień RNC). Dalsza część Wyjaśnień RNC jest utajniona – zapewne znajdują się tam statystyki liczby Modyfikacji, które wskazują na dynamikę pracochłonności roli Integratora i konieczność jej uwzględnienia w szacowaniu (uśrednienia za dłuższy okres czasu). Oparcie szacowania tylko na takich danych jest niewystarczające. Bez uwzględnienia charakteru i zakresu prac testowych koniecznych do należytego wykonania zobowiązań Integratora w postaci przedstawienia Zamawiającemu właściwej rekomendacji (gwarantującej stabilną pracę systemu KSI ZUS) dla wdrożenia produktów lub implementacji całych wydań w danym oknie wdrożeniowym nie jest możliwe prawidłowe oszacowanie pracochłonności tej usługi.

Podstawami, jakie do szacowania pracochłonności pełnienia roli Integratora powinno przyjąć Konsorcjum Comarch jest doświadczenie z realizacji Modyfikacji w ramach umowy na rozwój KSI oraz prace testowe realizowane przez Konsorcjum Comarch w ramach przygotowania do Usługi dodatkowej Migracja DB2. Zdaniem Odwołującego dane te nie zostały uwzględnione w szacowaniu.

Odwołujący Asseco wskazał, że Konsorcjum Comarch swoje doświadczenie w zakresie pełnienia roli Integratora może wywodzić z realizacji Umowy Ramowej na rozwój KSI ZUS. Na takie też doświadczenie wskazał Zamawiający w postępowaniu w KIO 18/21. Cykl wytwórczy Modyfikacji realizowanych w ramach Umowy Ramowej obejmuje prace testowe, których pracochłonność jest wyceniana w punktach funkcyjnych. Biorąc pod uwagę, że zarówno nominalna cena punktu funkcyjnego w przypadku Konsorcjum Comarch jest ok. 20% wyższa niż cena punktu Odwołującego, jak i to, że średnia cena punktu funkcyjnego wyliczona na bazie złożonych ofert przez obu wykonawców też jest wyższa w przypadku Konsorcjum Comarch o ok. 4% - należałoby się spodziewać, że wynagrodzenie z tytułu pełnienia roli Integratora będzie na podobnym poziomie w przypadku obu wykonawców. Tak jednak nie jest – wynagrodzenie z tytułu pełnienia roli Integratora w przypadku Konsorcjum Comarch jest o 60% niższa od ceny Odwołującego.

Zdaniem odwołującego Asseco, również wycena prac testowych w ramach Usługi dodatkowej Migracja DB2, która wynosi ok. 13 mln zł za prace realizowane w okresie 6,5 miesiąca (od lutego 2020 roku do przekazania raportu z testów po Etapie II) zupełnie nie koresponduje z ceną usługi Integratora przedstawioną w ofercie Konsorcjum Comarch. Wynagrodzenie z oferty jest 4-krotnie niższe: 485 tys. wobec około 2 mln zł miesięcznie w ramach Usługi dodatkowej Migracja DB2. W efekcie można stwierdzić, że pracochłonność

przyjęta przez Konsorcjum Comarch do wyceny w ofercie usługi Integratora została przynajmniej 2-krotnie zaniżona.

5.5. Pracochołność obsługi Zgłoszeń w ramach utrzymania Usług aplikacyjnych IT dla Etapu I – w kontekście innych oświadczeń Comarch

Odwołujący Asseco podniósł, że Comarch Polska w grudniu 2020 roku złożyło oświadczenie co do rzeczywistej pracochołności obsługi analogicznych Zgłoszeń – Comarch Polska w prowadzonym przez Ministerstwo Finansów postępowaniu na Rozbudowę, modernizację i rozwój Systemu ZEFIR 2, w tym dostosowanie funkcjonalności do zmian wynikających z obowiązujących przepisów prawa polskiego i unijnego oraz rozbudowę Systemu ZEFIR 2 o nowe funkcjonalności wynikające ze zmian otoczenia, zmian organizacyjnych i prawnych, a także dla potrzeb współpracy z komponentami i systemami działającymi/budowanymi w resorcie finansów złożyło odwołanie, w którym na stronie 7 bardzo szczegółowo przedstawiło sposób szacowania pracochołności obsługi Zgłoszeń. Czyli Comarch Polska oświadczył, że pracochołność obsługi Zgłoszeń dla poszczególnych Incydentów wynosi:

Rodzaj incydentu	Pracochołność obsługi 1 Zgłoszenia w osobodniach (dane z odwołania)	Pracochołność obsługi 1 Zgłoszenia w osobogodzinach (dane przeliczone przez Asseco)
Awaria	4	32
Błąd blokujący	3	24
Błąd poważny	2,5	20
Błąd średni	2	16
Błąd drobny	1,5	12
Konsultacje	0,20	1,6

Zdaniem odwołującego Asseco, powyższe dane co do pracochołności obsługi Zgłoszeń należy uznać za odpowiednie i wiążące także dla usług świadczonych w niniejszym postępowaniu – dotyczą one lidera Konsorcjum Comarch i są oparte (według oświadczenia zawartego w w/w odwołaniu) na doświadczeniu własnym w świadczeniu podobnych usług. Przy uwzględnieniu powyższej pracochołności, dla liczby 1 200 Zgłoszeń miesięcznie (dla utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I), w zależności od tego, jaki jest udział poszczególnych rodzajów Incydentów w ogólnej liczbie Zgłoszeń, miesięczna pracochołność dla usługi obsługi Zgłoszeń wynosi minimum 6 912 osobogodzin (przy założeniu, że 60% wszystkich Zgłoszeń to konsultacje, a reszta to Incydenty rodzaju Błąd

drobny) do ok. 14 400 osobogodzin (przy założeniu, że całość Zgłoszeń to –Błąd drobny). Stanowi to pracochłonność rzędu 864 – 1 800 osobodni. Według odwołującego, taką minimalną pracochłonność dla obsługi Zgłoszeń w ramach utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I Konsorcjum Comarch powinno wykazać w Wyjaśnieniach RNC. Mniejsza pracochłonność wykazana w Wyjaśnieniach RNC wskazywać będzie na nierzetelność tych Wyjaśnień RNC i podawanie liczb, które nie są rzeczywiste, a które zostały podane jedynie po to, aby stworzyć pozory obliczenia ceny oferty.

Zdaniem odwołującego Asseco Konsorcjum Comarch wskazało w Wyjaśnieniach RNC znacznie mniejszą pracochłonność dla obsługi Zgłoszeń niż pracochłonność rzędu 864 – 1 800 osobodni. Z kolei Zamawiający – pomimo iż Odwołujący Asseco poinformował Zamawiającego o oświadczeniach Comarch dotyczących pracochłonności – nie wyjaśnił tej kwestii. To kolejny przypadek całkowitej bierności Zamawiającego oraz jedynie pozornego badania prawidłowości i rzetelności złożonych przez Konsorcjum Comarch Wyjaśnień RNC.

Zdaniem odwołującego Asseco Konsorcjum Comarch jest związane swoimi własnymi oświadczeniami o pracochłonności dla obsługi Zgłoszeń i nie może obecnie uchylać się od nich. Konsorcjum Comarch – mając na uwadze szczególny przypadek ciężaru dowodu – zmuszone jest obecnie wykazać, że oba oświadczenia (z Wyjaśnień RNC i z w/w odwołania) są prawdziwe, jednakże stan faktyczny jest inny. Przy czym w zakresie pracochłonności dla usługi w ramach niniejszego postępowania Konsorcjum Comarch może się powoływać na oświadczenia i dowody już istniejące w złożonych Wyjaśnieniach RNC, nie może powoływać w tym zakresie żadnych nowych okoliczności.

Według odwołującego Konsorcjum Comarch nie przedstawi wiarygodnego dowodu, że oba oświadczenia (z wyjaśnień RNC i z w/w odwołania) są prawdziwe. A to z jednego powodu – system KSI ZUS jest największym systemem informatycznym w Polsce, a zatem pracochłonność obsługi Zgłoszeń (np. usuwania pojedynczych Błędów czy Awarii) nigdy nie może być mniejsza niż pracochłonność dla takiej samej usługi dotyczącej mniejszego i mniej skomplikowanego systemu.

5.6 Etap I – Wskazanie przez Konsorcjum Comarch niewystarczającego składu Personelu oraz w następstwie nieprawidłowa kalkulacja całkowita kosztów wynagrodzenia dla Etapu I.

Odwołujący Asseco podniósł, że w ramach Etapu I większość usług jest odpowiedzialnych za obsługę świadczeń realizowanych przez ZUS (w ramach systemu informatycznego KSI ZUS). Istotnym i zarazem pracochłonnym elementem obsługi systemu KSI ZUS jest obsługa Zgłoszeń od jego użytkowników. Obsługa ta świadczona jest przez zespoły Zamawiającego oraz Wykonawców świadczących usługi na rzecz KSI ZUS. Po stronie Zamawiającego obsługa zgłoszeń realizowana jest przez Centra Wsparcia

Informatyki - CWI oraz centra wsparcia dla obszarów biznesowych – np. CWE, CWZ, itp. Centra wsparcia skupiają kilkuset pracowników ZUS, działają we wskazanym obszarze merytorycznym lub technicznym i świadczą prace na rzecz całego Zakładu. Nadzór nad procesem Zarządzania incydentami oraz rolę pojedynczego punktu kontaktu z Wykonawcami pełni dedykowana organizacja Zamawiającego - Centrum Zgłoszeniowe ZUS.

Powołane wiele lat temu przez ZUS Centra wsparcia cechuje dobra znajomość procesów biznesowych, biegłość w korzystaniu z systemu KSI ZUS oraz doświadczenie w rozwiązywaniu Incydentów zgłaszanych przez użytkowników systemu KSI. Zarówno użytkownicy przy zgłaszaniu incydentów jak i pracownicy Centrów Wsparcia podczas obsługi incydentów korzystają z utrzymywanych w ramach Systemu Obsługi Zgłoszeń Zamawiającego Baz wiedzy. W/w Centra wsparcia w ramach I i II linii wsparcia obsługują około 90% zgłoszeń od użytkowników, pozostałe 10% stanowią zgłoszenia trudne, które wykraczają poza kompetencje pracowników Zamawiającego i wymagają obsługi przez Wykonawcę, który z perspektywy Zamawiającego stanowi III (wysokospecjalistyczną) linię wsparcia.

Zdaniem odwołującego Asseco, obsługa przekazanych do Wykonawcy Zgłoszeń (których ZUS w ramach I i II linii wsparcia nie jest w stanie obsłużyć) wymaga od Wykonawcy eksperckiej wiedzy z zakresu obsługi procesów biznesowych ZUS oraz z zakresu budowy oraz funkcjonowania aplikacji KSI i polega na:

- a. udzieleniu Zamawiającemu konsultacji w odpowiedzi na Zgłoszenie w tym również Konsultacji utrzymaniowej,
- b. dostarczeniu Rozwiązania Incydentu w postaci:
 - i. Diagnozy – w wyniku przeprowadzonej analizy przekazanie Zamawiającemu informacji o przyczynie wystąpienia Incydentu, przekazanie Zamawiającemu informacji co do dalszych działań, w tym informacji że za zgłoszony Incydent jest odpowiedzialny Inny wykonawca lub Zamawiający.
 - ii. Naprawy oprogramowania poprzez dostarczenie Poprawki i/lub naprawie danych KSI w sytuacji kiedy Incydent spowodowany jest Błędem. Naprawa polega na całkowitym i skutecznym usunięciu Błędu, jego przyczyny i skutków wystąpienia Błędu. Naprawa musi zapewnić oprogramowaniu powrót do pełnej funkcjonalności i wydajności.
 - iii. wykonania korekty danych umożliwiającej naprawienie jednostkowych nieprawidłowości danych dla błędów w danych oraz obsługę jednostkowych spraw i aktualizację słowników, w przypadkach, gdy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność oprogramowania użytkowego, także nie są objęte Naprawą. Realizacja tych zadań wymaga bardzo dobrej znajomości procesów biznesowych ZUS oraz aplikacji i architektury danych KSI. Brak wiedzy specjalistycznej i odpowiedniego doświadczenia u pracowników Wykonawcy może spowodować wprowadzenie do systemu zmian, które

zablokują kluczowe funkcjonalności systemu (np. realizację wypłat) lub których wycofanie będzie wiązało się z ogromnymi kosztami. Przy tak skomplikowanym funkcjonalnie i architektonicznie rozwiązaniu nawet najmniejszy błąd może spowodować dalekosiężne negatywne skutki. Dodatkowo, przy brakach funkcjonalnych, szczególnie gdy należy szybko zrealizować zmiany legislacyjne (trwają prace nad zgłoszeniem i wykonaniem Modyfikacji), bez wiedzy eksperckiej praktycznie brak jest możliwości wprowadzenia pożądanej zmiany.

Z kolei ponad 90% wszystkich Zgłoszeń przekazywanych do Wykonawcy w kontekście usług aplikacyjnych IT dla Etapu I dotyczy Obszaru Świadczeń i to właśnie w tym obszarze rozwiązywane są najbardziej skomplikowane Incydenty – wymagające eksperckich umiejętności od osób je obsługujących. System Obsługi Świadczeń jest najbardziej newralgicznym obszarem działania ZUS. Prawidłowa i terminowa obsługa krytycznych procesów biznesowych ZUS, jakimi są przyznawanie i wypłata (również transfer za granicę) świadczeń emerytalno – rentowych (w tym podlegających koordynacji na podstawie umów międzynarodowych) oraz zasiłkowych jest niezbędna dla zaspokojenia potrzeb milionów świadczeniobiorców.

Odwołujący Asseco wskazał, że statystykę wypłat miesięcznych zaprezentował w przedstawionej tabeli. Argumentował, że ponieważ błąd nawet w jednej sprawie (spowodowany również przez użytkownika) może zablokować wypłatę świadczeń dla kilkudziesięciu tysięcy świadczeniobiorców, jest oczywistym, że obsługą zgłoszeń w tym obszarze muszą się zajmować eksperci, którzy potrafią szybko dostarczyć skuteczne rozwiązanie. Należy podkreślić, że nie dotrzymanie terminów realizacji wypłat lub wypłat w nieprawidłowej wysokości skutkowałoby nie tylko stratami wizerunkowymi dla ZUS ale również finansowymi (m.in. odsetki, koszty dochodzenia nadpłat, itp.).

Obsługa tych zgłoszeń przez Wykonawcę, który nie posiada odpowiednio dużego zespołu osób posiadających wiedzę ekspercką i co najmniej kilkuletnie doświadczenie w obsłudze tego typu – trudnych zgłoszeń nie będzie możliwe i będzie stanowiło potencjalne zagrożenie dla bezpieczeństwa i ciągłości działania KSI ZUS.

Na Konsorcjum Comarch w szczególności ciążył obowiązek wykazania pracochłonności obsługi Zgłoszeń w ramach utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I oraz przedstawienie adekwatnego do tej pracochłonności i charakteru zadań liczby zespołu osób o kompetencjach eksperckich. W celu obliczenia tej pracochłonności i ustalenia wymiaru etatowego Konsorcjum Comarch powinno ustalić Wolumen Zgłoszeń serwisowych, które zobowiązany będzie obsłużyć Wykonawca zgodnie z opisanym w metrykach Usług aplikacyjnych IT Zakresem i poziomem świadczenia Usług serwisowych i w odniesieniu do opisanego w Załączniku 9 zakresu usług: Obsługa incydentów, Konsultacje utrzymaniowe.

Liczba Zgłoszeń w poszczególnych miesiącach jest zmienna (ze względu na roczny cykl biznesowy Zakładu i portfel Modyfikacji), zatem na potrzeby ustalenia pracochłonności należało ustalić średnią dla okresu rozliczeniowego, tj. miesiąca na podstawie danych historycznych z okresu 12 miesięcznego lub dłuższego - będącego jego wielokrotnością. W zależności od przyjętego okresu referencyjnego średnia miesięczna liczba Zgłoszeń przekazanych do obsługi wykonawców umów utrzymaniowych w kontekście usług aplikacyjnych IT Etapu I wynosi od 1 200 do 1 300.

Odwołujący Asseco zaprezentował przykładowy (za okres 12 miesięcy, od 09.2019 r. do 08.2020 r.) miesięczny rozkład zgłoszeń przekazanych przez ZUS w ramach Umowy ZUS – Asseco w kontekście usług aplikacyjnych IT dla Etapu I w tabeli. Powołując się na tabelę odwołujący Asseco argumentował, że pomimo średniej liczby zgłoszeń na poziomie 1 232 Zgłoszeń, Wykonawca musi również dysponować zasobami do obsłużenia zgłoszeń w miesiącach kiedy jest ich najwięcej - przykładowo w październiku 2019 r. Zamawiający przekazał 1 930 Zgłoszeń do obsługi Wykonawcy. Wolumen Zgłoszeń, jaki Wykonawca powinien przyjąć za podstawę do szacowania pracochłonności jest daną obiektywną, możliwą do pozyskania np. z Systemu Obsługi Zgłoszeń Zamawiającego i Konsorcjum Comarch wskazał w Wyjaśnieniach RNC, że opierał się na tych danych. Odwołujący Asseco wskazywał, że Zamawiający w SIWZ dla kilku typów zgłoszeń określił tygodniowe lub miesięczne limity obsługi Zgłoszeń, w tym wysoki limit dla zleceń korekty danych w liczbie aż 500 zgłoszeń miesięcznie, co Konsorcjum Comarch również zobowiązane było uwzględnić w swojej kalkulacji liczby zgłoszeń do obsługi w ramach utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I.

Zdaniem odwołującego Asseco, przy szacowaniu czasu obsługi Zgłoszeń do usług aplikacyjnych IT dla Etapu I Konsorcjum Comarch nie mogło oprzeć się na własnych danych historycznych dotyczących rzeczywistej pracochłonności obsługi Zgłoszeń, gdyż usług w tym zakresie nie świadczyło, musiało zatem oprzeć się na wiedzy i doświadczeniu z realizacji analogicznych projektów/usług. Bazując na opisanym wyżej oświadczeniu Comarch, co do rzeczywistej pracochłonności obsługi podobnych Zgłoszeń, Konsorcjum Comarch mogło przyjąć jako minimalną liczbę - 1 200 Zgłoszeń miesięcznie do obsługi w ramach usług aplikacyjnych IT dla Etapu I, w zależności od tego, jaki jest udział poszczególnych rodzajów Incydentów w ogólnej liczbie Zgłoszeń, miesięczna pracochłonność dla usług obsługi Zgłoszeń wynosi:

- minimum 6.912 osobogodzin (864 osobodni), przy założeniu, że 60% wszystkich Zgłoszeń to zgłoszenia, których czas obsługi koresponduje z określonym w arkuszu wyceny Comarch z punktu 5.5 dla konsultacji, a reszta to Incydenty określone w arkuszu wyceny Comarch z punktu 5.5 jako Błąd drobny (w ramach którego uwzględniono również korektę danych),

- 14.400 osobogodzin (1.800 osobodni), przy założeniu, że całość Zgłoszeń to najniższa kategoria Incydentów - Błąd drobny).

A zatem rzeczywista pracochłonność obsługi Zgłoszeń, która powinna być przyjęta do szacowania ceny, powinna się mieścić między 864 - 1.800 osobodni miesięcznie, pracochłonność ta przekłada się na minimum 40 etatów (dla pracochłonności najniższej, 864 osobodni), przeznaczonych wyłącznie do obsługi Zgłoszeń przekazanych przez Zamawiającego w kontekście usług aplikacyjnych IT dla Etapu I. Obsługa taka, jak wykazano w poprzednich punktach w całości, musi być realizowana przez doświadczony zespół osób o kompetencjach eksperckich.

Odwołujący wskazał, że taki zespół w wymiarze minimum 40 etatów osób z kompetencjami eksperckimi do obsługi Zgłoszeń w ramach utrzymania usług aplikacyjnych IT dla Etapu I Konsorcjum Comarch powinno wykazać w Wyjaśnieniach. Wykazanie przez Konsorcjum Comarch mniejszej liczby ekspertów (osób posiadających wiedzę ekspercką i co najmniej kilkuletnie doświadczenie w obsłudze tego typu – trudnych zgłoszeń) na rzecz specjalistów początkujących, nie posiadających odpowiedniego doświadczenia i kompetencji (studentów, młodszych specjalistów) będzie oznaczało niezdolność Wykonawcy do świadczenia usług na wymaganym przez Zamawiającego poziomie i będzie stanowiło potencjalne zagrożenie dla bezpieczeństwa i ciągłości działania KSI ZUS.

5.7. Stawka za 1 osobogodzinę świadczenia Usług dodatkowych – 99 złotych.

Odwołujący Asseco wskazał, że konsorcjum Comarch wskazało w ofercie stawkę za osobogodzinę w wysokości 99 zł netto – jest to stawka dla Usług dodatkowych (poz.15 Formularza cenowego). Tymczasem we wskazywanym wyżej postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów na Rozbudowę, modernizację i rozwój Systemu ZEFIR 2 Comarch Polska wskazało, że uśredniony rynkowy koszt 1 osobodnia wynosi 1.400 złotych netto (strona 5 odwołania), co przekłada się na stawkę 175 zł netto za osobogodzinę. Zdaniem odwołującego przy uwzględnieniu stawki wskazanej w ofercie należy przyjąć, że Konsorcjum Comarch zaoferowało znacznie niższą cenę za 1 osobodzień, niż rynkowa stawka 1.400 zł – a mianowicie zaoferowało stawkę za 1 osobodzień w wysokości poniżej 800 zł (8 x 99zł). Tym samym mamy poważną rozbieżność pomiędzy oświadczeniami składanymi w tym samym czasie, a kierowanymi do różnych zamawiających. Podkreślał, że Konsorcjum Comarch nie szacowało ceny niniejszej oferty przy uwzględnieniu stawek podwykonawców, a zatem nie może obecnie powoływać się na korzystne oferty od podwykonawców.

Mając na uwadze rozbieżność oświadczeń składanych przez Lidera Konsorcjum Comarch kwestia ta powinna zostać wyjątkowo szczegółowo i dokładnie zbadana.

Obowiązek taki wynika z samej treści „Wezwania dotyczącego wyliczenia ceny” z 24.11.2020 r., w którym Zamawiający wprost wskazał, że wyjaśnienia w zakresie kosztów osobowych muszą obejmować:

- a. Koszty wynagrodzeń i pochodnych, przy uwzględnieniu przyjętej przez Wykonawcę i wskazanej w wyjaśnieniach pracochłonności realizacji poszczególnych usług, przy czym Zamawiający wprost wymagał wskazania m.in. doboru pracowników oraz przypisanych im stawek wynagrodzenia.
- b. Koszty wynagrodzeń związanych z pracą w trybie 24/7 w zakresie części usług, urlopami, nieobecnościami, itp.,
- c. Koszty szkoleń,
- d. Koszty podróży służbowych.

A zatem wskazana przez Konsorcjum Comarch stawka 99 zł musi obejmować oprócz wynagrodzenia dla pracownika także wszystkie w/w narzuty, stanowiące istotny element tej stawki.

Odwołujący Asseco podniósł, że jego zdaniem Konsorcjum Comarch nie przedstawiło w tym zakresie rzeczowych i odpowiednio udokumentowanych wyjaśnień. Stawka za osobogodzinę wskazana w ofercie przez Konsorcjum Comarch możliwa była do uzyskania zapewne poprzez zabieg przypisania do realizacji umowy dużej ilości młodszych specjalistów, nie posiadających doświadczenia i kompetencji niezbędnych do realizacji Usług dodatkowych oraz minimalnej liczby specjalistów wysokiej klasy, którzy realnie świadczyć będą Usługi dodatkowe. Powyższe można weryfikować poprzez analizę załączonych do wyjaśnień umów o pracę i określonych w nich zarówno funkcji jak i stawek wynagrodzenia. W wyniku tej analizy możliwe będzie określenie struktury specjalistów przeznaczonych do realizacji Usług dodatkowych.

Odwołujący wskazywał, że usługi dodatkowe to w zdecydowanej większości wysokospecjalizowane usługi, wymagające unikalnych kompetencji. W ramach Usług dodatkowych ZUS nie zamawia prostych usług. Wynika to z faktu, że podstawowe czynności techniczne, jak również wsparcie użytkowników w zakresie podstawowych funkcjonalności systemu (w tym obsługa powtarzalnych zgłoszeń przez Centrum Zgłoszeniowe ZUS) obsługuje sam ZUS, własnym personelem IT i nie zleca w tym zakresie żadnych Usług dodatkowych. Obecnie w ZUS, oprócz wydzielonego w ramach struktury organizacyjnej Centrali ZUS całego pionu IT, funkcjonuje ponad 20 Centrów Wsparcia Informatyki (CWI). Są to wyodrębnione w strukturze organizacyjnej ZUS jednostki organizacyjne, które specjalizują się w podstawowej obsłudze poszczególnych obszarów KSI ZUS - zarówno technicznej, jak i w zakresie wsparcia użytkowników. Przykładami takich usług dodatkowych są:

- a. „Zapewnienie wsparcia przy wprowadzaniu w systemie KSI zmian legislacyjnych wynikających z ustawy z dnia 31 lipca 2019 r. o świadczeniu uzupełniającym dla osób niezdolnych do samodzielnej egzystencji” – obejmujące m.in. dostarczenie rozwiązania tymczasowego pozwalającego na przyznanie i wypłatę 500+ (do momentu realizacji modyfikacji),
- b. „Obsługa przyznania i wypłaty jednorazowego świadczenia pieniężnego dla emerytów i rencistów w maju 2019 r. oraz zapewnienie informacji statystycznej o jednorazowych świadczeniach pieniężnych dla emerytów i rencistów (MH 9.1.10)” – w tym dostarczenie oprogramowania serwisowego, dzięki któremu możliwa była wypłata „13-tek” (również korekty skryptowe w przypadku konieczności rozliczeń do momentu realizacji modyfikacji).

Odwołujący Asseco argumentował, że dodatkowo rola systemu KSI ZUS dla państwa polskiego, jak również znaczenie i wrażliwość społeczna procesów realizowanych przez KSI ZUS – permanentnie podkreślana przez sam Zakład Ubezpieczeń Społecznych wymaga, aby osoby świadczące usługi dotyczące systemu KSI ZUS gwarantowały bezpieczeństwo, ciągłość działania, odpowiednią wydajność i bezawaryjność pracy systemu, legitymowały się najwyższymi kwalifikacjami i co równie ważne – bardzo dużym doświadczeniem. A zatem powinni to być specjaliści najwyższej klasy i co za tym idzie odpowiednio wysoko wynagradzani. Tymczasem Konsorcjum Comarch zaoferowało stawkę 99 zł za osobogodzinę, która zgodnie z jego własnym oświadczeniem złożonym w grudniu 2020 w postępowaniu w Ministerstwie Finansów, jest zdecydowanie poniżej stawki rynkowej.

Odwołujący Asseco wskazał, że zamawiający kilkakrotnie (np. w toku postępowania KIO 18/21) powoływał się na Usługę dodatkową Migracja DB2 jako przykład na wszechstronność i kompetencje pracowników Comarch. Dotychczasowy przebieg realizacji tej usługi (zakres prac objęty tą usługą nie został do dnia dzisiejszego zrealizowany, gdyż realizacja dalszych etapów została przez ZUS wstrzymana) świadczy jednak o niedostatecznych kompetencjach i braku odpowiedniego doświadczenia zespołu Konsorcjum Comarch. Usługa dodatkowa Migracja DB2 to usługa realizowana przez Konsorcjum Comarch od dnia 11.02.2020 roku, wyceniona na ponad 17 mln zł, polegająca na zaplanowaniu i przeprowadzeniu migracji motoru baz danych DB2 z wersji 9 do wersji 12. Składa się ona z kilku etapów:

- a. Etap I - prace przygotowawcze oraz testy migracji motoru baz danych do wersji DB2 v10 CM oraz DB2 v10 NFM
- b. Etap II - testy weryfikujące dostosowanie aplikacji KSI ZUS do DB2 v10 CM oraz DB2 v10 NFM, będące następstwem wydanych w Etapie I rekomendacji,
- c. Etap III - migracja produkcyjnego środowiska bazodanowego do DB2 v10 CM,
- d. Etap IV - migracja produkcyjnego środowiska bazodanowego do DB2 v10 NFM,

- e. Etap V - prace sprawdzające możliwość migracji produkcyjnego środowiska bazodanowego do wersji DB2 12 FL 5xx z pominięciem DB2 v11,
- f. Etap VI – testy migracja motoru baz danych do wersji DB2 v12 FL 5xx oraz migracja produkcyjnego środowiska bazodanowego do DB2 v12 FL 5xx.

Odwołujący Asseco wskazał, że do chwili obecnej, pomimo upływu ponad 12 miesięcy, Konsorcjum Comarch zrealizowało pierwsze 3 etapy tego zlecenia, przy czym pierwsze 2 etapy obejmowały prace przygotowawcze nieprowadzone w środowisku produkcyjnym KSI, których zadaniem było zagwarantowanie bezawaryjnego wykonania migracji w środowisku produkcyjnym. III Etap obejmował już produkcyjną migrację bazy danych do nowszej wersji - tym samym III Etap umożliwia rzeczywistą weryfikację jakości przeprowadzenia prac w ramach pierwszych dwóch etapach. W wyniku przeprowadzenia migracji produkcyjnej nastąpiła destabilizacja pracy KSI w zakresie najbardziej kluczowych usług systemu (aplikacja E2 odpowiedzialna za przyznawanie i przeliczanie świadczeń emerytalno-rentowych). W wyniku pracochłonnych analiz zidentyfikowano źródło błędów, które udało się wyeliminować dopiero wskutek wydania przez firmę IBM (producent motoru baz danych DB2) poprawki (tzw. UserMode), jednak identyfikacja ta i odpowiednia poprawka w DB2 powinna mieć miejsce na etapie testów w środowisku przedprodukcyjnym, a nie dopiero po migracji produkcyjnej bazy danych – przecież po to te bardzo kosztowne etapy (łącznie ok. 13 mln zł) zostały przeprowadzone. Cała ta sytuacja została ostatecznie potwierdzona również przez Konsorcjum Comarch.

Zdaniem odwołującego Asseco, prace zrealizowane przez Konsorcjum Comarch w ramach pierwszych dwóch etapów Usługi dodatkowej wykonane zostały nieprawidłowo, a wynika to najprawdopodobniej z niewystarczających kompetencji i braku doświadczenia w realizacji tak zaawansowanych technologicznie i złożonych usług. Dodatkowo już po wykonaniu prac w ramach trzeciego etapu (po migracji produkcyjnej) w wyniku analizy zgłoszeń użytkowników okazało się, że część danych produkcyjnych jest uszkodzona. Przyczyną tego uszkodzenia było wykonanie przez pracowników Konsorcjum Comarch części testów polegających na masowym odtworzeniu zleceń użytkowników (realizowane w ramach II etapu zlecenia) na środowisku produkcyjnym, zamiast na środowisku testowym. Konsekwencją tego była degradacja danych rzeczywistych, a jej bezpośrednią przyczyną - błędna konfiguracja środowiska testowego, będąca (znów !) wynikiem niewystarczających kompetencji i braku doświadczenia w realizacji tak zaawansowanych technologicznie i złożonych usług. Przypadek ten również został potwierdzony przez Konsorcjum Comarch w dokumencie „Analiza wybranych instrukcji SQL oraz serwisów Tuxedo aplikacji interakcyjnych” str. 3.

Pomimo opisanych powyżej poważnych błędów w poprawnym przygotowaniu migracji oraz pomimo niezakończenia prac związanych z przywracaniem spójności bazy danych Konsorcjum Comarch rekomendowało Zamawiającemu przeprowadzenie kolejnego etapu migracji motoru baz danych DB2, co w konsekwencji mogło doprowadzić do zaburzenia ciągłości działania całego KSI i dalszej degradacji danych. Na szczęście Zamawiający, mając świadomość ryzyk, zdecydował o wstrzymaniu planowanej na 23/24.01.2021r. dalszej migracji motoru baz danych - przynajmniej do maja 2021 roku.

Zdaniem odwołującego Asseco, opisany powyżej przykład realizacji Usługi dodatkowej Migracja DB2 dowodzi, że świadczenie Usług dodatkowych, ze względu na skomplikowanie technologiczne, złożoność funkcjonalną KSI ZUS oraz jego wagę społeczną musi być realizowane przez specjalistów posiadających zarówno bardzo wysokie kompetencje techniczne i dziedzinowe w zakresie procesów biznesowych ZUS, jak również mających wieloletnie doświadczenie w utrzymaniu tak skomplikowanych systemów informatycznych – po prostu nie mogą to być młodszy specjaliści, czyli często w praktyce „świeżo upieczeni” absolwenci uczelni informatycznych.

5.8. Wielkość zespołu wskazana w Wyjaśnieniach RNC do realizacji przedmiotu zamówienia a liczba umów dla specjalistów dołączonych do Wyjaśnień RNC

Zdaniem odwołującego Asseco, kluczową kwestią, którą należało wykazać w Wyjaśnieniach RNC są koszty osobowe - są to koszty wynagrodzenia personelu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. W celu wykazania kosztów osobowych konieczne jest:

- a. wskazanie w Wyjaśnieniach RNC w sposób konkretny liczby osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia
- b. dołączenie dowodów wykazujących koszty zatrudnienia każdej z tych osób.

Zdaniem odwołującego analizując tę kwestię należy wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

- a. Konsorcjum Comarch na str. 2 Wyjaśnień RNC złożył oświadczenie „Na potrzeby realizacji wymagań Obecnej umowy utrzymaniowej wykonawca dysponuje istniejącym zespołem wysoko wykwalifikowanych specjalistów, posiadających zarówno wiedzę biznesową, obejmującą wszystkie obszary działalności ZUS”
- b. oświadczenia Konsorcjum Comarch odnośnie posiadania potencjału pozwalającego mu świadczyć usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania dla całości KSI ZUS złożonego w Liście Intencyjnym w § 2 ust. 2: „Wykonawca deklaruje, że posiada i utrzyma przez cały Okres Przejściowy, a w razie konieczności także przez cały Okres Przedprzejściowy potencjał

pozwalający mu świadczyć usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS na poziomie nie niższym niż dotychczasowy.”

c. Zamawiający określił w SIWZ obowiązek zatrudnienia do realizacji umowy osób biorących udział w Testach kompetencji (nota bene obowiązek ten został wprowadzony w wyniku uwzględnienia przez KIO odwołania Asseco Poland S.A. W ten sposób Asseco Poland S.A. chciało minimalizować nadużycia, które miały miejsce w toku poprzedniego postępowania dotyczącego usług wsparcia dla systemu KSI ZUS).

Odwołujący Asseco podniósł, że szacując cenę ofertę każdy z wykonawców wziął oczywiście pod uwagę fakt, że przedmiot zamówienia podzielony jest na 2 etapy:

- a. Etap I – obejmujący ok 60% całości usług, trwający do 1.10.2022r.
- b. Etap II – obejmujący 100% usług, trwający 48 miesięcy do 1.10.2026.

Skutkiem powyższego jest to, że w pierwszym etapie koszty realizacji umowy są niższe, gdyż świadczy się mniej usług. Jednakże Konsorcjum Comarch w czasie świadczenia usług Etapu I będzie w rzeczywistości świadczyło usługi Etapu II, a mianowicie – będzie je świadczyło na podstawie Umowy ZUS – Comarch. A zatem – Konsorcjum Comarch musi dysponować całym zespołem, zespołem, który w tym samym czasie świadczyć będzie usługi dla całości systemu KSI ZUS. Merytorycznie – Konsorcjum Comarch musiało założyć, że od dnia zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu do 1.10.2022r. będzie świadczyć usługi dla całości systemu KSI ZUS. A jedynie formalnie – świadczyć je będzie na podstawie 2 różnych umów.

Odwołujący Asseco wskazał, że mając powyższe na uwadze, w tym w szczególności oświadczenie złożone w Liście Intencyjnym, że posiada potencjał doświadczenia usług dla całego systemu KSI ZUS, należy przyjąć, że Konsorcjum Comarch posiada już cały zespół. A zatem – Konsorcjum Comarch powinno załączyć do Wyjaśnień RNC dowody w postaci umów dla całego tego zespołu.

Odwołujący wywiódł, że według jego najlepszej wiedzy Konsorcjum Comarch do realizacji obecnych usług na rzecz ZUS (w ramach Umowy ZUS – Comarch) zgłosiło ok. 150 osób. Zdaniem odwołującego liczba osób uwzględnionych w Wyjaśnieniach RNC, dla których dołączono odpowiednie umowy, jest znacznie niższa, może stanowić nawet zaledwie połowę rzeczywistego zespołu. Jak wynika to z treści Wyjaśnień RNC na str. 10 Konsorcjum Comarch wskazało:

- a. 48 osób (opisanych w Załączniku 13 do Umowy),
- b. Utajnioną przez Zamawiającego (nie wiadomo na jakiej podstawie) liczbę osób biorących udział w Testach kompetencji (Testy odbywały się w jednej Sali, wykonawcy widzieli nawzajem swoje zespoły),
- c. Jakąś kolejną grupę osób – tutaj Wyjaśnienia RNC utajniono.

Odwołujący Asseco wskazał, że łączna liczba w/w osób jest znacznie niższa niż wielkość zespołu obecnie świadczącego usługi, tj. niż 150 osób. A tym samym istnieje sprzeczność pomiędzy treścią Wyjaśnień RNC a treścią w/w oświadczeń Konsorcjum Comarch w pkt 110. Otóż Konsorcjum Comarch nie załączył do Wyjaśnień RNC umów dla całego zespołu, który już posiada i który już świadczy usługi dla ZUS, a załączył jedynie umowy dla wybranej części zespołu. Jest to spowodowane wyłącznie jedną przyczyną – chęcią sztucznego zaniżenia stawki dla specjalisty. Jak już wskazano powyżej – usługi objęte przedmiotem zamówienia w zdecydowanej większości (ok. 75%) to bardzo specjalistyczne i skomplikowane usługi. Przekłada się to wprost na rodzaj specjalistów, którzy wchodzi w skład zespołu – ok. 70% specjalistów to wysoko wykwalifikowani specjaliści, a pozostałe 30% to po równo młodszy specjaliści i specjaliści.

Zdaniem odwołującego Asseco, Konsorcjum Comarch przedstawiło dokładnie odwrotny skład zespołu:

- a. Ok. 60% stanowią młodszy specjaliści, bez dużego doświadczenia, kwalifikacji i wiedzy.
- b. 40% to specjaliści i starszy specjaliści, wysoko wykwalifikowani.

Przekłada się to na średnią stawkę, jaką następnie zastosowało Konsorcjum Comarch.

Zdaniem odwołującego Asseco, osobną sprawą, która powinna być szczegółowo zbadana to kwestia dołączenia do Wyjaśnień RNC umów dla całości zespołu Konsorcjum Comarch, który brał udział w Testach kompetencji oraz dla wszystkich osób wskazanych imiennie w Załączniku 13. Aby potwierdzić rzetelność złożonych przez Konsorcjum Comarch Wyjaśnień RNC należy uzyskać 100% pewność, że w cenie oferty uwzględniono koszty wynagrodzeń wszystkich osób wchodzących w skład w/w zespołów, czyli w praktyce – czyli należy sprawdzić, czy wśród załączonych do Wyjaśnień RNC umów dla członków Personelu znalazły się umowy dla w/w osób. Załączone umowy są zapewne zanonimizowane i według ich obecnej treści ani Zamawiający, ani Izba nie może takiego sprawdzenia dokonać. Nic nie stało jednak na przeszkodzie, aby Zamawiający na etapie oceny ofert wystosował do Konsorcjum Comarch odpowiednie pytania i poprosił o wykazanie powyższego. Zwłaszcza, że Asseco Poland S.A. zwracało na to uwagę Zamawiającemu na etapie badania ofert. Tymczasem Zamawiający nie dokonał żadnych ustaleń w tym zakresie.

Wyprzedzając ewentualne pytanie Konsorcjum Comarch, skąd Odwołujący Asseco ma wiedzę, co do struktury załączonych umów i zespołu wskazanego w Wyjaśnieniach RNC, Odwołujący Asseco wyjaśniał – wiedza zaprezentowana w niniejszym zarzucie jest po prostu logicznym wnioskiem rażąco niskich cen za świadczenie usług. Tak niskie ceny Konsorcjum Comarch mógł zaoferować tylko w sytuacji, w której dokonało powyżej omówionych manipulacji w zakresie składu zespołu wskazanego w Wyjaśnieniach RNC w stosunku do zespołu, który rzeczywiście realizuje obecnie Umowę ZUS – Comarch.

5.9. Brak zatrudnienia podwykonawców

Odwołujący Asseco podniósł, że Konsorcjum Comarch wskazało w swojej ofercie, że nie ma zamiaru skorzystać z usług podwykonawcy. W związku z tym należy założyć, że w Wyjaśnieniach RNC Konsorcjum Comarch nie wskazało na udział podwykonawców oraz na żadne oszczędności wynikające z udziału podwykonawców. Obecnie Konsorcjum Comarch realizuje Umowę ZUS – Comarch za pomocą aż 10 podwykonawców.

Zdaniem odwołującego Asseco, Konsorcjum Comarch diametralnie zmieniło swój model biznesowy realizacji zamówienia. Kwestia ta powinna zostać zbadana przez Zamawiającego. W szczególności Zamawiający powinien wyjaśnić kwestię, w jaki sposób Konsorcjum Comarch będzie świadczyło usługi, które do tej pory realizował podwykonawca IBM Polska Sp. z o.o. Podwykonawca ten wykonywał istotną część usług dotyczących technologii IBM, tj. DB2, IWS, zOS. Wobec rezygnacji z podwykonawcy Konsorcjum Comarch powinno wykazać, że posiada jako zasób własny wysoko wykwalifikowanych specjalistów dla technologii DB2, IWS, zOS. Do tej pory w tym zakresie Konsorcjum Comarch nie kierowało specjalistów własnych. A zatem zmiana w w/w zakresie powinna zostać wyjaśniona.

W szczególności – na etapie badania ofert Zamawiający powinien mieć pewność, że wśród załączonych do Wyjaśnień RNC umów dla członków Personelu znalazły się umowy dla specjalistów posiadających wiedzę i doświadczenie, którą do tej pory zapewniali podwykonawcy, w szczególności dla specjalistów w zakresie technologii DB2, IWS, zOS.

Zarzut 6. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż podwykonawca Konsorcjum Comarch w ramach obecnie obowiązującej Umowy ZUS – Comarch brał udział bezpośrednio i/lub poprzez osoby zatrudnione przez siebie w przygotowaniu postępowania, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności.

Odwołujący Asseco podniósł, że w Aneksie nr 5 do Umowy ZUS – Comarch w załączniku 14 wskazano, iż Konsorcjum Comarch obecnie korzysta aż z 14 podwykonawców, jednym z nich jest spółka IBM Polska Sp. z o.o. IBM Polska Sp. z o.o. to krajowy przedstawiciel czołowego amerykańskiego producenta rozwiązań informatycznych i dostawca najważniejszej technologii (Mainframe) wykorzystywanej w KSI ZUS do przetwarzania danych. Komputer Centralny Systemu KSI ZUS opiera się na produktach IBM klasy Mainframe (serwery z14, macierze, baza danych DB2).

Odwołujący Asseco podniósł, że Według jego najlepszej wiedzy IBM Polska Sp. z o.o. i/lub osoby pozostające w stałych stosunkach z producentem IBM brały udział w przygotowaniu Testów kompetencji technicznych. Wiedzę tę Odwołujący pozyskał w toku realizacji Testów kompetencji technicznych – jako autor wskazany był pracownik IBM. Wynika to z dokumentacji postępowania, przekazanej przez ZUS w dniu 15 lutego 2021 roku – z informacji o konfiguracji środowiska wykorzystywanego przez wykonawców w trakcie realizacji Jednostki Zadaniowej nr 1 wynika, że w przygotowaniu środowiska do przeprowadzenia Testów kompetencji technicznych, w szczególności, utworzenia bazy danych w systemie DB2, brał udział pracownik IBM Polska Sp. z o.o. o identyfikatorze IPWOJ.

Okolicznością niesporną jest, że osoba zatrudniona przez IBM brała udział w przygotowaniu testów, zaś Zamawiający nie podjął żadnych kroków, aby wyeliminować zakłócenie konkurencji spowodowane tym faktem. Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób zlikwidował zakłócenie konkurencji spowodowane tym, że IBM Polska Sp. z o.o. jest podwykonawcą Konsorcjum Comarch. A zatem spełnione są zatem przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy PZP – osoby wykonujące na rzecz Konsorcjum Comarch pracę na podstawie zlecenia jako pracownicy IBM Polska Sp. z o.o. (fakt niesporny – treść Załącznika 14 do Umowy ZUS – Comarch) brały udział w przygotowaniu postępowania. Zdaniem odwołującego Asseco, zakłócenie konkurencji jest oczywiste – Konsorcjum Comarch poprzez swojego podwykonawcę miało dostęp do informacji, do których nie miał dostępu drugi wykonawca, tj. Odwołujący Asseco.

Według odwołującego jednocześnie nie zachodzi przesłanka wyłączająca zaistnienie deliktu ukonstytuowanego w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp – zakłócenie konkurencji nie może zostać zlikwidowane w żaden inny sposób, niż przez wykluczenie Konsorcjum Comarch z udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie. Wnieśli o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1 i ewentualnie o oddalenie całego odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący Asseco w piśmie procesowym z dnia 23 marca 2021 r., przed otwarciem rozprawy, cofnął odwołanie w części, w zakresie zarzutu nr 6.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę konsorcjum Comarch, ofertę wykonawcy Asseco, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do ceny skierowane do konsorcjum Comarch w trybie art. art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia i dokumenty złożone przez konsorcjum Comarch w odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 16 grudnia 2020 r., wezwanie do złożenia dokumentów skierowane do konsorcjum Comarch w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp w dniu 7 grudnia 2020 r., oświadczenia i dokumenty złożone przez konsorcjum Comarch w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 18 grudnia 2020 r., zawiadomienie o częściowym odtajnieniu dokumentów konsorcjum Comarch z dnia 21 stycznia 2021 r., wezwanie zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień skierowane do konsorcjum Comarch, oświadczenia i dokumenty złożone przez konsorcjum Comarch w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 27 stycznia 2021 r., dokumentację z przebiegu testów kompetencyjnych, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 lutego 2021 r., wnioski wykonawcy Asseco o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami, dokumentację udostępnioną wykonawcy Asseco w odpowiedzi na ww. wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej*

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 24 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:*

18) wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze

postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 15 lutego 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Zarzut 6 - Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż podwykonawca Konsorcjum Comarch w ramach obecnie obowiązującej Umowy ZUS – Comarch brał udział bezpośrednio i/lub poprzez osoby zatrudnione przez siebie w przygotowaniu postępowania, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 odwołania podlegało umorzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Npzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy NPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący Asseco w piśmie procesowym z dnia 23 marca 2021 r., przed otwarciem rozprawy, cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 6. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy NPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący Asseco oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy NPzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku

wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Zarzut 1 - Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż Konsorcjum Comarch bezprawnie pozyskało lub próbowało pozyskać informacje mogące dać mu przewagę w postępowaniu, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad proporcjonalności

Odwołanie podlegało odrzuceniu w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Npzp, art. 553 zd. 2 oraz art. 530 ustawy NPzp postanowiła odrzucić odwołanie w części dotyczącej zarzutu 1 odwołania i nie kierować w tym zakresie sprawy na rozprawę.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy NPzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*. Stosownie do art. 530 ustawy NPzp, *w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę*.

Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, jest spóźnione. Stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne*.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1, odwołujący Asseco podniósł, że „*W dniu 4 września 2020 r. Odwołujący powziął wiedzę, iż wykonawca Konsorcjum Comarch jest w toku wykonywania waloryzacji testowej (...)*”. Jednocześnie odwołujący Asseco wskazywał w odwołaniu, że skoro konsorcjum Comarch wykonywało waloryzację testową na środowisku ZWAPFis, to tylko jeden wykonawca pozyskał informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu. Odwołujący Asseco podnosił także w uzasadnieniu zarzutu, że „*Jeśli ZUS uznaje, że usługa waloryzacji jest krytyczna dla realizacji przyszłej umowy, to powinien od razu w SIWZ wskazać, że w zakresie tej usługi wszyscy wykonawcy PRZED złożeniem ofert otrzymają od ZUS wsparcie w postaci umożliwienia im przeprowadzenia testowej waloryzacji i tym samym umożliwienia nabycia wiedzy dającej przewagę w postępowaniu nad innymi wykonawcami, którzy – tak samo jak Konsorcjum Comarch – nigdy nie świadczyli usługi waloryzacji*”. Odwołujący Asseco argumentował również, że „*Zamawiający jednak nie zawarł*

w SIWZ postanowień, które mogłyby zlikwidować lub chociaż zminimalizować ryzyko wykonawców związane z obowiązkiem świadczenia usługi waloryzacji.”

Jednocześnie odwołujący Asseco w uzasadnieniu zarzutu sam przyznał, że rzekoma przewaga Comarch była możliwa do zminimalizowania, a nawet zlikwidowania, w drodze modyfikacji SIWZ polegającej na umożliwieniu innym wykonawcom przeprowadzenia testowej waloryzacji. Argumentację tę konsekwentnie odwołujący Asseco prezentował także w piśmie procesowym z dnia 23 marca 2021 r., gdzie wskazał, że „przecież aż do dnia złożenia ofert Zamawiający mógł dokonać zmiany SIWZ i wskazać w nim, że każdy wykonawca, który zgłosi taką potrzebę, zostanie przez Zamawiającego przeszkolony w zakresie takim samym, jak konsorcjum Comarch”.

Skoro odwołujący Asseco w dniu 4 września 2020 r. powziął wiedzę, iż wykonawca konsorcjum Comarch jest w toku wykonywania waloryzacji testowej i tym samym miał rzekomo pozyskać informacje niedostępne innym wykonawcom, to powinien wnieść odwołanie i domagać się modyfikacji postanowień SIWZ, które – jak sam przyznał - mogłyby zlikwidować ryzyko wykonawców związane z obowiązkiem świadczenia usługi waloryzacji, w terminie liczonym od dnia powzięcia przez siebie informacji o tej przewadze Comarch. Tymczasem odwołujący Asseco zaniechał takich działań w ustawowym terminie.

Niekonsekwentna jest argumentacja Asseco co do legitymacji. Na rozprawie Izby w dniu 24 marca 2021 r. odwołujący argumentował, że we wrześniu 2020 r. nie miałby legitymacji do wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ, jako wykonawca doświadczony w wykonywaniu takiej waloryzacji. Zdaniem Izby, Asseco nie może jednocześnie konsekwentnie twierdzić, popierając zarzut nr 1 we wniesionym obecnie odwołaniu, że przesłanka jego doświadczenia w wykonywaniu waloryzacji, którą rzekomo miał wykonać Comarch, od września 2020 r. odpadła.

Odwołujący Asseco, dostrzegając rzekomą przewagę Comarch, którą można było zlikwidować przez zmianę SIWZ, zamiast wnieść odwołanie w ustawowym terminie, oczekiwał na upływ terminu składania ofert, a następnie na wybór oferty najkorzystniejszej. Wtedy, z oczywistych względów nie mógł już domagać się zmiany SIWZ, która w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp możliwa jest jedynie do upływu terminu składania ofert. Wobec powyższego żądanie zmiany SIWZ zastąpił żądaniem wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp z powodu posiadania przez tego wykonawcy tej samej rzekomej przewagi, którą – jak sam przyznał - można było usunąć na etapie SIWZ. Powyższa zwłoka Asseco nie może zatem usprawiedliwiać przywrócenia utraconego terminu na wniesienie odwołania z powołaniem się na okoliczność, że żądanie zmiany SIWZ, z uwagi na znacznie późniejszą fazę postępowania, w której odwołujący Asseco zdecydował się na postawienie zarzutu, zostało zastąpione żądaniem wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, podlegało odrzuceniu, jako spóźnione.

Zarzut 2 - Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2d ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w zakresie zadania JZ3a Jednostki Zadaniowej 3 w sposób niezgodny z SIWZ, tj. bez zachowania tożsamości środowisk testowych dla poszczególnych wykonawców.

Zarzut nr 2 okazał się niezasadny.

Ustalono, że jednym z kryteriów oceny ofert był „Test kompetencji technicznych – T” (por. pkt 7.2 SIWZ). Kryterium to zostało opisane przez zamawiającego następująco:

7.3.3.

Test kompetencji technicznych (T) – w kryterium tym zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. Zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego. Zadania będą dotyczyły operacji specyficznych dla tego oprogramowania i będą dotyczyły problemów związanych z administrowaniem systemami informatycznymi występującymi nie tylko w systemie KSI ZUS. Wszystkie oznaczenia rodzaju danych (np. PESEL) zostaną użyte tylko i wyłącznie w celach porządkowych i ilustracyjnych. Podstawą niezaliczenia któregoś z zadań, bądź nieprzyznania punktu nie będzie specyfika procesów biznesowych obsługowych w ZUS, o ile nie została ona szczegółowo opisana w SIWZ.

7.3.3.2. Opis środowiska – poniżej przedstawiono podstawowe komponenty środowiska do realizacji zadań:

Platforma UNIX

a)

System operacyjny: HP-UX 11.31

Motor baz danych: IBM Informix ver. 11.10

Monitor transakcji: Oracle Tuxedo ver. 9.1 (serwer)

Inne:

IBM High-Performance Loader (HPL)

IBM DB-Access

b)

System operacyjny: HP-UX 11.31 lub AIX 6.1

Motor baz danych: IBM DB2 LUW v9.7 fixpack 8

Inne

IBM DB2 Connect

Platforma MAINFRAME

System operacyjny: z/OS 02.02

Motor baz danych: IBM DB2 v9

Inne:

ISPF 7.2.0000

IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0

IBM DB2 Utilities Suite for z/OS ver. 9

Platforma WINDOWS

System operacyjny: Microsoft Windows 7 Professional

Monitor transakcji: Tuxedo ver. 6.5 (klient)

Inne:

Microsoft Excel 2010

IBM Personal Communications ver. 6.0.1

PUTTY ver. 0.69

Platforma Linux

System operacyjny: Red Hat Enterprise Linux 7.6 (Minimal installation)

Inne:

Red Hat Openshift Container Platform ver. 3.11

Docker ver. 1.13.1

Platforma Windows Serwer

System operacyjny: Windows Server 2008 R2

Inne:

Microsoft SQL Serwer 2008 R2

Inne elementy niezbędne do wykonania zadań zostaną przekazane Wykonawcom przed przystąpieniem do ich realizacji (dotyczy to np. nazw użytkowników, haseł, ścieżek dostępu).

7.3.3.3. Test kompetencji technicznych będzie się składał z 6 Jednostek zadaniowych. Każda Jednostka zadaniowa składa się z trzech zadań.

Jedna z 6 Jednostek Zadaniowych została opisana następująco:

7.3.3.6. Jednostka zadaniowa – Tuxedo/Informix/HP-UX

a) Zadanie dotyczy konfigurowania odpowiednich serwerów systemowych na domenie/ach Tuxedo wraz z wykonaniem czynności administratorskich wymaganych do poprawnego uruchomienia domen/y z nową konfiguracją;

Zadanie dotyczy konfigurowania/administrowania;

b) motorem Informix oraz operowania na strukturze bazodanowej;

Zakres tematyki konfiguracji/administrowania motorem Informix:

- Zarządzanie logami logicznymi i fizycznymi;
- Znajomość dynamicznych i automatycznych parametrów konfiguracyjnych;
- Zarządzanie obszarami dbspace i sbspace;
- Analiza logów;
- Użycie narzędzi Informix, aby wyświetlić informacje o serwerze bazy danych.;
- Konfigurowanie parametrów pamięci współdzielonej;
- Użycie statystyk aktualizacji;
- Konfiguracja Onbar, Ontape;

Zakres operacji do realizacji na danych:

- Znajomość narzędzi do przenoszenia danych;
- Znajomość zarządzania strukturami tabelami;
- Znajomość fragmentacji baz danych;
- Zarządzanie tymczasowymi tabelami; -
- Znajomość uprawnień i ról;

c) Zadanie dotyczy konfigurowania systemu HP-UX oraz przywracania zadanych funkcjonalności, z zakresu poniższych komponentów/tematów:

- HP MP, SSH, FTP, NFS, CIFS;
- Zarządzanie dyskami, LVM;
- Konfiguracja Kernel'a;
- Instalowanie, tworzenie, obsługa repozytorium paczek SD-UX;
- Ignite—UX;
- Uruchamianie systemu HP-UX, UEFI/EFI, Run Level;
- Konfiguracja LAN;

oraz wszelkie inne działania uznane przez Wykonawcę za niezbędne do realizacji zadań.

7.3.3.10. Do wykonania zadań Zamawiający udostępni środowiska testowe.

Ustalono, że 20 maja 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 22 o treści *Wykonawca prosi o wyjaśnienie, czy każdy z Wykonawców będzie dysponował jednakowym co do konfiguracji i parametrów, dedykowanym środowiskiem testowym, na które nie będą mieli wpływu inni wykonawcy.*

Zamawiający na ww. pytanie odpowiedział: *Zamawiający informuje, że każdy z Wykonawców będzie dysponował jednakowym co do konfiguracji i parametrów, dedykowanym środowiskiem testowym, na które nie będą mieli wpływu inni wykonawcy.*

Ustalono także, że zamawiający w dniu 4 lutego 2021 r. przyznał konsorcjum Comarch 1 pkt za realizację zadania a z jednostki zadaniowej 3 (dalej jako „JZ3a”).

W uzasadnieniu zaliczenia zadania wskazano: *pliki wynikowe odp7_1.txt, odp7_3.txt, odp7_4.txt dostarczone przez wykonawcę 2 są zgodne z arkuszem odpowiedzi.*

Plik odp4_2.txt potwierdza, że nie doszło do restartu domeny, co było oczekiwane w zadaniu. Brak wpisu w tym pliku, pochodzącego z serwera TMSYSEVT, potwierdzającego zmianę konfiguracji domeny zweryfikowano na nagraniu wykonanym ze stacji Wykonawcy 2, w dniu testów, za pomocą oprogramowania ObserveIT. Na nagraniu tym widać działania wykonawcy 2 świadczące o użyciu narzędzia tmconfig i modyfikacji parametrów domeny zgodnie z kryterium oceny zadania. Plik ten został nagrany ze stacji roboczej W23 w dniu 20.01.2021 . Nosi nazwę 2.zip. Czynności, które wykonywał wykonawca 2 rozpoczynają się od godziny 8:40. (por. dokumentacja z postępowania w aktach sprawy, przekazana na płycie CD).

Izba w zakresie zarzutu nr 2 zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego Asseco o udostępnieniu wykonawcom całkowicie odmiennych, nieporównywalnych środowisk okazały się bezzasadne. W rzeczywistości obaj wykonawcy realizowali testy na tożsamyh serwerach HP-UX, systemie Tuxedo, w takich samych konfiguracjach Tuxedo (ubbbconfig), instalacjach wykonanych w jednolity sposób zgodnie z opisem środowisk z SIWZ. Powyższe było zgodne z pkt 7.3.3.2. SIWZ. Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, i co nie było sporne, że różnica w środowiskach między wykonawcami dotyczyła konfiguracji dodatkowego serwera (TMSYSEVT) uruchomionego w środowisku Tuxedo, opisanej zresztą w odwołaniu na str. 11 i 12. Wadliwa konfiguracja, zaistniała jedynie w środowisku udostępnionym Comarch spowodowała, że w pliku wynikowym odp4_2.txt nie nastąpiło potwierdzenie restartu

domeny, co było oczekiwane w zadaniu. Nie zadziałał bowiem mechanizm, który dla wygody zamawiającego miał dokonać wpisu jednej linii w pliku logu.

Zamawiający w trakcie rozprawy 24 marca 2021 r. wyjaśnił, że *podczas wprowadzenia instrukcji ta_event_severity='INFO – ta instrukcja nie została zakończona apostrofem. Powyższe skutkowało tym, że system nie zinterpretował tego polecenia. Instrukcja ta miała umożliwić zespołowi Zamawiającego odczytanie pewnych parametrów z systemu, które były kluczowe przy ocenie jednostki zadaniowej. W środowisku Comarch ta instrukcja nie zadziałała. Skutek był taki, że pracownik Zamawiającego oceniający zmuszony był zweryfikować fizycznie w systemie prawidłowość wykonania jednostki zadaniowej.*

Na taki jedynie skutek wskazywała też opinia prywatna K. K. – eksperta Oracle Tuxedo z 22.02.2021 r. - załącznik nr 2d do pisma procesowego przystępującego Comarch z 16 marca 2021 r.. W opinii tej wskazano, że *„brak tego fragmentu logu w pliku odp7_2.txt wynika jedynie z opisanej w rozdziale drugim niniejszego dokumentu usterki przy konfigurowaniu środowiska przez ZUS. Żadne inne okoliczności związane ze sposobem wykonania zadania nie rzutowały na powyższą różnicę”.*

Powyższe nie oznaczało jednak, że wykonawca Comarch nie wykonał poprawnie zadania, to jest nie dokonał modyfikacji parametrów domeny zgodnie z kryterium oceny zadania.

Wzięto po pierwsze pod uwagę, że odwołujący Asseco w odwołaniu nie twierdził, że konsorcjum Comarch w trakcie wykonywania spornego zadania nie użyło narzędzia tmconfig i nie dokonało modyfikacji parametrów domeny. Po drugie, owszem, wynik zapisany w pliku nie pokrywał się z arkuszem odpowiedzi, gdyż – w okolicznościach danej sprawy, nie mógł się pokrywać. Dostrzeżenia wymagało, że różnica w przekazanych środowiskach zadziałała na niekorzyść jedynie konsorcjum Comarch. Środowisko przekazane przez zamawiającego wykonawcy Comarch uniemożliwiało wyjście na wynik wynikający z arkusza odpowiedzi. Pełnomocnik odwołującego Asseco w trakcie rozprawy w dniu 24 marca 2021 r. wprost przyznał, że *„środowiskiem, które umożliwiło wyjście na wynik wynikający z arkusza, było środowisko przekazane wykonawcy ASSECO”.*

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Asseco, że w tej sytuacji sam fakt niezgodności pliku wynikowego z arkuszem odpowiedzi powinien skutkować przyznaniem konsorcjum Comarch automatycznie 0 pkt za sporne zadanie. W pkt 7.3.3.16 SIWZ zamawiający przewidział, iż *arkusze odpowiedzi do Jednostek Zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom niezwłocznie po zebraniu wyników realizacji Jednostek zadaniowych od wszystkich Wykonawców.* Jednakże nie można utrzymywać, że automatyczne przekazanie tych arkuszy, odbywające się zaraz po oddaniu wyników przez wykonawców, było równoznaczne z oceną zadań przez zamawiającego.

Na uwagę zasługiwał fakt, że zgodnie z pkt 7.3.3. SIWZ kryterium oceny ofert miało przybrać postać „*testu kompetencji technicznych, w którym zamawiający zamierzał przeprowadzić weryfikację sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS*”. Zdaniem Izby ocena kompetencji technicznych wykonawcy jest pewnym procesem, wymagającym co najmniej zapoznania się z rozwiązaniem zadania przez wykonawcę i prześledzenia sposobu dojścia do uzyskanego wyniku. Zdaniem Izby arkusze odpowiedzi są jedynie modelowym wzorcem rozwiązania zadania dokonanego przez specjalistę po stronie ZUS. Arkusz nie precyzował jednak sposobu dojścia do wyniku, a w świetle celu kryterium istotne było osiągnięcie przez poszczególnych wykonawców efektu wskazanego w opisie danej jednostki zadaniowej. Z pewnością zaś za „proces” nie można uznać samego zabiegu automatycznego wręczenia wykonawcy arkusza odpowiedzi, bez zapoznania się w ogóle z treścią zadania wykonawcy. Przekazanie arkusza w świetle odpowiedzi można uznać co najwyżej, jako jeden z wielu elementów tego procesu.

Zdaniem Izby w tej sytuacji zamawiający miał prawo użyć, do weryfikacji wykonanego zadania oprogramowania ObserveIT, na którym, jak wskazał zamawiający, widać działania wykonawcy 2 świadczące o użyciu narzędzia tmconfig i modyfikacji parametrów domeny zgodnie z kryterium oceny zadania. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w pkt 13 regulaminu przebiegu realizacji testu kompetencji technicznych przewidział, że „*realizacja przebiegu testu kompetencji technicznych będzie rejestrowana przez Zamawiającego w postaci zapisu wideo oraz audio. Ponadto rejestrowane będą czynności wykonywane na stacjach roboczych*”. Skoro na nagraniu widać czynności konsorcjum Comarch świadczące o użyciu narzędzia tmconfig i modyfikacji parametrów domeny, to zamawiający miał prawo uznać, że zadanie zostało wykonane poprawnie i zgodnie z kryterium oceny tego zadania.

Twierdzenia odwołującego Asseco o nieuprawnionych działaniach konsorcjum Comarch podczas 2 minutowej przerwy w 8 godzinnych nagraniach wykonanych za pomocą oprogramowania ObserveIT są zaś niczym niepopartymi supozycjami ze strony odwołującego. Odwołujący Asseco, choć z w tym zakresie spoczywał na nim ciężar dowodu, nie wykazał faktu dokonywania takich nieuprawnionych czynności. Przerwa taka mogła być normalnym następstwem nieużywania w tym okresie klawiatury i myszki.

Przy wyrokowaniu pominięto zgłoszone przez konsorcjum Comarch dowody: dowód nr 2a (Jednostka zadaniowa 5 z 2017 r.), dowód 2b (arkusz odpowiedzi – Jednostka zadaniowa 5 z 2017 r.) i dowód 2c (Załącznik 1B do szczegółowego formularza oceny oferty Asseco w zakresie kryterium „Jakość wykonania zadania”), zgłoszone na str. 27-28 pisma z 16 marca 2021 r. na okoliczność stosowania analogicznych zasady oceny ofert w poprzednim postępowaniu przetargowym dotyczącym usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS (z lat 2015 – 2017). Wzięto pod uwagę, że przy ocenie spełniania

spornego kryterium oceny ofert istotne są zapisy obecnej SIWZ i treść zadania wykonanego przez wykonawcę w tym postępowaniu, a nie zapisy archiwalnych zadań i postanowień SIWZ.

Zarzut 3 - Naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2d ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego Testów kompetencji technicznych w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 i Jednostki Zadaniowej 3.

Zarzut okazał się bezzasadny.

Ustalono, że jednym z kryteriów oceny ofert był „Test kompetencji technicznych – T” (por. pkt 7.2 SIWZ). Kryterium to zostało opisane przez zamawiającego następująco:

7.3.3.

Test kompetencji technicznych (T) – w kryterium tym zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. Zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego. Zadania będą dotyczyły operacji specyficznych dla tego oprogramowania i będą dotyczyły problemów związanych z administrowaniem systemami informatycznymi występującymi nie tylko w systemie KSI ZUS. Wszystkie oznaczenia rodzaju danych (np. PESEL) zostaną użyte tylko i wyłącznie w celach porządkowych i ilustracyjnych. Podstawą niezaliczenia któregoś z zadań, bądź nieprzyznania punktu nie będzie specyfika procesów biznesowych obsługowych w ZUS, o ile nie została ona szczegółowo opisana w SIWZ.

7.3.3.2. Opis środowiska – poniżej przedstawiono podstawowe komponenty środowiska do realizacji zadań:

b)

Platforma MAINFRAME

System operacyjny: z/OS 02.02

Motor baz danych: IBM DB2 v9

Inne:

ISPF 7.2.0000

IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0

IBM DB2 Utilities Suite for z/OS ver. 9

Inne elementy niezbędne do wykonania zadań zostaną przekazane Wykonawcom przed przystąpieniem do ich realizacji (dotyczy to np. nazw użytkowników, haseł, ścieżek dostępu).

7.3.3.5. Jednostka zadaniowa – IWS

a) Zadanie dotyczy utworzenia i uruchomienia aplikacji w IWS wraz z czynnościami dodatkowymi, w szczególności (dodanie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli uruchomieniowych, poprzedników, następników, dodatkowych warunków i zależności między zadaniami, itp.);

7.3.3.6 . Jednostka zadaniowa – Tuxedo/Informix/HP-UX

c) Zadanie dotyczy konfigurowania systemu HP-UX oraz przywracania zadanych funkcjonalności, z zakresu poniższych komponentów/tematów:

- HP MP, SSH, FTP, NFS, CIFS;
- Zarządzanie dyskami, LVM;
- Konfiguracja Kernel'a;
- Instalowanie, tworzenie, obsługa repozytorium paczek SD-UX;
- Ignite—UX;
- Uruchamianie systemu HP-UX, UEFI/EFI, Run Level;
- Konfiguracja LAN; oraz wszelkie inne działania uznane przez Wykonawcę za niezbędne do realizacji zadań.

Ustalono również, że w załączniku nr 10 do SIWZ (regulamin przebiegu realizacji testu kompetencji technicznych) zamawiający przewidział:

14. *W przypadku wystąpienia błędu/awarii (trwających łącznie do 2 godzin), niewynikającej z Działań Wykonawcy, uniemożliwiającej przeprowadzenie realizacji Testu kompetencji technicznych realizacja Testu zostaje wstrzymana do czasu usunięcia błędu lub awarii, a czas przeznaczony na jego realizację zostanie wydłużony o czas trwania błędu/awarii. W przypadku przedłużającego się czasu usunięcia błędu lub awarii (łącznie powyżej 2 godzin), niewynikającej z działań Wykonawcy, Zamawiający może podjąć decyzję o powtórzeniu realizacji Testu kompetencji technicznych w innym terminie. Wykonawcy zostaną powiadomieni o nowym terminie realizacji Testu kompetencji technicznych z wyprzedzeniem co najmniej 7 dni. Ust. 4 stosuje się.*
15. *W przypadku pojawienia się pytań ze strony Wykonawców dotyczących treści lub przebiegu Jednostek zadaniowych Zamawiający będzie udzielał odpowiedzi wszystkim*

Wykonawcom na bieżąco. Pytania będą zgłaszane w formie pisemnej i będą stanowiły załącznik do protokołu. Odpowiedzi będą udzielane ustnie i zamieszczane w protokole. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że bez udzielenia odpowiedzi nie jest możliwa dalsza realizacja Testu, Zamawiający przedłuży trwanie Testu o czas udzielenia odpowiedzi. W ciągu ostatnich 2 godzin przeznaczonych na realizację Testu kompetencji technicznych zadawanie pytań nie jest dopuszczalne.

Ustalono, że zamawiający przekazał w dniu testów zakres czynności wchodzących w zakres zadania a z jednostki zadaniowej 2 (dalej „JZ2a”), w którym zobowiązał Wykonawcę do realizacji następującej czynności:

„Dodatkowo należy wprowadzić zmiany w aplikacji TEST2 zgodnie z poniższymi wymaganiami:

- operacja 2: uruchomienie po wykonaniu operacji 4 z aplikacji TEST3
- operacja 3: log zadania ma być sprawdzony pod kątem wystąpienia frazy: “BLAD!Kod powrotu z zapytania to SQLCODE=-911”. Jeżeli takie wystąpienie ma miejsce, operacja powinna być zakończona z kodem RC=911.”

Dodatkowo ustalono, że przekazana wykonawcom JZ2a na stronie 3 przewidywała następujące określenie Operacji 1:

„Operacja 1 – KROK2 przyjmuje parametry DATA i TRYB. DATA (zmienna TDT) powinna być ustawiona następująco:

- *bieżąca data – 1 dzień*
- *wartość bieżąca daty – 3 dni dla soboty.*
- *Jeżeli wartość zmiennej PRZEB2=TAK to wartość bieżąca daty – 2 dni.*

Parametr TRYB powinien być odczytany z tablicy zmiennych JCL”

Ustalono, że w trakcie realizacji zadania JZ2a odwołujący Asseco zadał zamawiającemu pytanie „*Prosimy o wyjaśnienie, co oznacza zdanie na str. 3 „DATA (zmienna TDT) powinna być ustawiona ... Jak należy interpretować zapis „(zmienna TDT)”?*” Ustalono, że w odpowiedzi na ww. pytanie zamawiający wskazał: „TDT nazwa zmiennej, która powinna zostać użyta w jcl’.

Ustalono, że zamawiający nie przedłużył czasu na rozwiązanie zadań w ramach JZ2 i JZ3.

Ustalono ponadto, że odwołującemu Asseco przyznano 0 pkt za realizację Jednostki Zadaniowej 2a– „IWS (JZ2)” zadanie a) „Zadanie dotyczy utworzenia i uruchomienia aplikacji

IWS (dodanie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli uruchomieniowych, poprzedników, następników, dodatkowych warunków i zależności między zadaniami, itp.)” (dalej „JZ2a”).

Ustalono ponadto, że odwołującemu Asseco przyznano 0 pkt za realizację Jednostki Zadaniowej za realizację Jednostki zadaniowej – „Tuxedo/Informix/HP-UX (JZ3)” zadanie c) „Zadanie dotyczy konfigurowania systemu HP-UX oraz przywracania zadanych funkcjonalności”, dalej „JZC3”.

Izba w zakresie zarzutu nr 3 zważyła, co następuje.

Odwołujący Asseco podniósł w odwołaniu w pierwszej kolejności, że zgodnie z pkt 7.3.3.5 SIWZ zakres jednostki zadaniowej powinien dotyczyć wyłącznie elementu środowiska IWS (IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0) i nie dotyczyć pozostałych elementów środowiska, w tym nie powinien dotyczyć elementu „System operacyjny: z/OS 02.02”. Ww. stanowisko odwołującego Asseco nie jest zasadne.

Zdaniem Izby odwołujący Asseco nadinterpretował postanowienia SIWZ, wywodząc że w opisie platformy Mainframe w jednym miejscu jest mowa o systemie, a dalszym o *IBM Workload Scheduler for z/OS V9R3M0*. Powyższe odnosił do nazwy zadania IWS, z czego błędnie wywodził, jakoby wykonując zadanie zgodnie z SIWZ miano wykonywać tylko czynności z poziomu IWS i że nie była objęta zadaniem praca na systemie z/OS. Dostrzeżenia wymagało, że już w nazwie samego komponentu, pojawiło się określenie IBM Workload Scheduler „for z/OS”, w którego można było wnioskować, że komponent ten ma pracować na ww. systemie operacyjnym. Podkreślenia wymaga, że element „for z/OS” wskazuje, że jest to komponent typu „system operacyjny”, a więc element, pod którego kontrolą pracuje IBM Workload Scheduler „for z/OS”. Wobec powyższego zarzut okazał się bezzasadny. Opis JZ2a nie wykraczał poza postanowienia SIWZ i nie to było powodem niezyskania punktów przez odwołującego Asseco w tym zadaniu.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu sformułowania JZ2a w sposób uniemożliwiający jego samodzielne wykonanie.

Odwołujący Asseco podniósł w odwołaniu, że *„Zmienna TDT nie była zmienną znaną specjalistom Odwołującego realizującym Testy”* i że *„w związku z tym zaczęli szukać takiej zmiennej w dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego”*. Argumentował, że ponieważ nie znalazł informacji o przedmiotowej zmiennej, to zmuszony był zadać pytanie i dopiero po uzyskaniu powyższej odpowiedzi treść zadania JZ2a stała się jednoznaczna.

Stanowisko odwołującego Asseco nie jest zasadne. Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę, że określenie „zmienna TDT” wynikało z dokumentacji do IWS (IBM Workload Scheduler for z/OS Version 9 Release 3 Quick Reference) dostępnej dla odwołującego Asseco. Na powyższe zwrócił uwagę zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przywołując stosowny fragment dokumentacji. Odwołujący Asseco w piśmie procesowym z 23 marca 2021 r. oświadczył zaś, że „nie polemizuje z treścią dokumentacji technicznej”. Z powyższego należy wnosić, że istotnie zawierała ona fragmenty, na jakie powoływał się zamawiający.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że udzielona odpowiedź „*TDT nazwa zmiennej, która powinna zostać użyta w jcl*” de facto wprost odwoływała się do treści zadania, które obejmowało m.in. „dodanie workstacji, kalendarza, tablicy zmiennych JCL, cykli 20 uruchomieniowych. Nie można było zatem utrzymywać, że udzielona odpowiedź zmieniała treść zadania, ani że bez jej udzielenia niemożliwe było jego rozwiązanie.

W konsekwencji w tej sytuacji nie można było mówić o konieczności oczekiwania na odpowiedź na pytanie, czy o zmianach treści zadania w czasie jego realizowania, które skutkowałyby koniecznością powtórzenia testu z powodu nieprzedłużenia czasu jego realizacji. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w pkt 15 regulaminu przeprowadzania testów (załącznik 10 do SIWZ, str. 92) nie przewidział, aby każda odpowiedź na pytanie skutkowałą koniecznością przedłużenia czasu trwania testu kompetencji technicznych. Zamawiający skutek taki zastrzegł wyłącznie w sytuacji, gdy „*Zamawiający stwierdzi, że bez udzielenia odpowiedzi nie jest możliwa dalsza realizacja Testu*”. Odwołujący Asseco nie wykazał zaś, że bez udzielenia omawianych odpowiedzi nie było możliwe zrealizowanie testu. Przeciwnie, z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynikało, że wiedza i doświadczenie wykonawcy i uważna analiza dokumentacji pozwalała na wykonanie zadania nawet bez uzyskania udzielonej odpowiedzi.

Bezzasadne było odwoływanie się odwołującego Asseco do faktu przedłużenia przez zamawiającego testów w trzecim dniu, tj. 22 stycznia 2021 r. Zdaniem Izby sytuacja, jaka zaistniała w trakcie wykonywania testów w dniu 22 stycznia 2021 r., była nieporównywalna.

W tym zakresie stwierdzono, że 22 stycznia 2021 r. konsorcjum Comarch zadało pytanie o godz. 08:56: „*Prosimy o potwierdzenie, iż jednostka GB użyta w zadaniach należy uznać za jednostkę GiB gdzie 1 GiB = 1024 MiB*”. Zamawiający o godz. 9:34 wystosował następującą odpowiedź: „*Tak Zamawiający potwierdza, że jednostkę GB użytą w zadaniach należy uznać za jednostkę GiB gdzie 1 GiB = 1024 MiB*”. Następnie odwołujący Asseco o godz. 10:34 zadał pytanie o treści: „*Prosimy o potwierdzenie, że w dniu 22.01.2021 godzina 09:39 Zamawiający dokonuje zmiany treści jednostki zadaniowej 6, udzielając odpowiedzi na pytanie Wykonawcy Comarch dotyczące interpretacji zapisu „10GB*”. Zgodnie z treścią jednostki zadaniowej treścią udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji wartość 10

GB jest różna od wartości 10 GiB. Tym samym odpowiedź Zamawiającego jest niezgodna z treścią jednostki zadaniowej”.

W tej sytuacji zamawiający zasadnie uznał, że 22 stycznia 2021 r. doszło do zmiany treści zadania i prawidłowo przedłużył czas na realizację jednostki zadaniowej nr 6 w oparciu o postanowienie pkt 15 regulaminu. O godz. 10:48 zamawiający odpowiedział: „*Zamawiający potwierdza, że dokonał sprostowania oczywistej omyłki w treści Jednostki zadaniowej 6 dla zadań a) i b). Mając na uwadze fakt, że mogło to mieć wpływ na przebieg realizacji zadań Zamawiający przedłuża czas realizacji Testu kompetencji technicznej o czas liczony od jego rozpoczęcia tj. od godz. 8:00 do czasu udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczących stosownych Jednostek zadaniowych. Oznacza to, że czas realizacji Testu zostaje wydłużony o 94 minuty, tj. maksymalnie do godz. 17:34”.* Przekazana odpowiedź potwierdzała bowiem, że w zadaniu podano błędne dane, które zastąpiono w wyniku odpowiedzi danymi prawidłowymi. Nie było sporne, że jednostka GB wskazana pierwotnie w opisie zadania istnieje i że różni się od 1 GiB. Wbrew stanowisku odwołującego Asseco, analogiczna sytuacja nie miała jednak miejsca w trakcie wykonywania jednostki zadaniowej 2 (JZ2). Jak wyjaśniono wcześniej, nie doszło wtedy bowiem do błędu ani zmiany zadania przez zamawiającego.

Co do zarzutu przyznania odwołującemu Asseco 0 punktów w zakresie JZ3c, zarzut ten także nie znalazł potwierdzenia.

Izba stwierdziła, że treść zarzutu okazała się lakoniczna i enigmatyczna. Odwołujący Asseco podniósł jedynie, że zamawiający zaniechał przedłużenia czasu na wykonanie zadań w ramach JZ3 pomimo zadania pytań przez niego jak i konsorcjum Comarch.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła, że odwołujący Asseco w odwołaniu nie wskazał o jakie pytania chodzi. Odwołujący nie wskazał także w odwołaniu, aby bliżej niesprecyzowane przez niego odpowiedzi zamawiającego miały świadczyć o błędach w treści zadania lub o zmianie treści zadania, względnie, aby bez ich udzielenia niemożliwa była dalsza realizacja testu. Wobec powyższego tak sformułowany i uzasadniony zarzut podlegał oddaleniu jako chybiony.

Dopiero w piśmie z dnia 23 marca 2021 r., stanowiącym reakcję na odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 16 marca 2021 r., odwołujący Asseco zarzucił zamawiającemu, że ten nie przedłużył czasu na realizację jednostek zadaniowych JZ3 i JZ4 z powodu odpowiedzi na pytanie z g. 09:19 dotyczącej zadania JZ4 b). Dostrzeżenia wymagało, że zarzutu tego próżno było szukać w treści odwołania. Wobec powyższego zarzut ten musiał zostać pominięty zgodnie z przepisem art. 555 ustawy NPzp, który stanowi, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących kontrolę instancyjną nad

orzecnictwem Izby, za zarzut uznaje się wskazanie przez wykonawcę określonych faktów, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu, stanowi nowy zarzut.

Zarzut 4 – Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Wykazu osób, Wykazu usług - Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wezwania Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wraz z odpowiedzią Konsorcjum Comarch z 27 stycznia 2021 r., pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 4 odwołania okazał się zasadny.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 24 listopada 2020 r. dotyczące wyliczenia ceny, skierowane w trybie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca konsorcjum Comarch złożył zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2020 r. wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej.

W wyjaśnieniach tych konsorcjum Comarch wskazało, że zastrzega całość pisma wraz z załącznikami i stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie może być ona ujawniana oraz nie może być udostępniana podmiotom trzecim. Wskazał też, że uzasadnienia zastrzeżenia zawarte jest w odrębnym piśmie.

W odrębnym piśmie, złożonym również 16 grudnia 2020 r., konsorcjum Comarch wskazał, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią:

- 1) pismo z wyjaśnieniami dotyczącymi wyliczenia ceny (chyba że Wykonawca wyraźnie wskazał w treści pisma inaczej);
- 2) dowody stanowiące załączniki do pisma z wyjaśnieniami dotyczącymi wyliczenia ceny;
- 3) zastrzeżone części niniejszego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 4) dowody stanowiące załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Comarch wskazało, że dokumenty zawierają *informacje organizacyjne i techniczne przedsiębiorstwa oraz inne informacje, które mają istotną wartość gospodarczą. Dane w nich zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Comarch Polska S.A. i Comarch S.A., w związku z czym nie mogą być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane drugiemu wykonawcy oraz wszelkim innym podmiotom (z wyjątkiem publicznych organów kontrolnych lub organów upoważnionych do rozpoznawania środków ochrony prawnej).*

Przede wszystkim wskazujemy, że zastrzeżone dokumenty dotyczą sposobu wyliczenia ceny oferty, przyjętej przez konsorcjantów strategii udziału w postępowaniu, budowy kompozycji wartości dla ZUS stanowiącej przedmiot wymiany w ramach kontraktu publicznego oraz generalnej strategii konkurencji na rynku zamówień publicznych. W szczególności pragniemy zwrócić uwagę, że zastrzeżone informacje należy traktować – i tak też traktuje je Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. – jako dane których całością, pod różnymi aspektami, określa przewagę konkurencyjną wymienionych firm jako wykonawców konkurujących na rynku zamówień publicznych. Treść przedkładanych wyjaśnień objaśnia szczegółowo sposób kalkulacji ceny oferty, wyjaśnia sposoby jej optymalizacji oraz prezentuje dostępne dla konsorcjantów sprzyjające warunki realizacji zamówienia mające wpływ na poziom zaoferowanej ceny. Jest to wiedza niedostępna dla konkurencji, pozwalająca na odtworzenie metody dojścia do finalnego ustalenia ceny oferty, z uwzględnieniem przyjętych założeń optymalizacyjnych. Szczególną uwagę należy również zwrócić na dowody załączone do wyjaśnień ceny. Ich kompilacja pozwala całościowo na odtworzenie źródeł oraz danych wpływających na oszacowanie ceny złożonej oferty – a ich ujawnienie wiązałoby się z istotną szkodą dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, bowiem pozwoliłoby konkurencji osiąść wiedzę o bardzo szerokim aspekcie argumentów, danych oraz ich źródeł, o których wiedza mogłaby zostać wykorzystana ze szkodą dla wykonawców w innych postępowaniach.

Wskazujemy, że zakres informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszych dokumentach składanych w ramach procesu wyjaśniania ceny, był poddany starannej analizie.

Następnie konsorcjum Comarch przywołało wybrane przez siebie orzecznictwo Izby i sądów okręgowych.

Następnie konsorcjum Comarch przedstawiło uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych przez siebie dowodów załączonych do wyjaśnień. Uzasadnienie to zastrzeżono.

Następnie konsorcjum Comarch wskazało, że *również część informacji zawartych w niniejszym uzasadnieniu zastrzeżenia oraz załączone do uzasadnienia dowody spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa (pkt 3 i 4 zastrzeżenia). Ujawnienie wyjaśnień – z*

jednej strony pozwoliłoby podjąć konkurencji wiedzę o sposobie kalkulacji ceny i przyjmowanych przez Konsorcjum Comarch metodach szacowania i optymalizacji ceny (co mogłoby zostać wykorzystane ze szkodą dla konsorcjantów w innych postępowaniach) – z drugiej zaś strony doprowadziłoby do ujawnienia treści i aktualnych wersji strzeżonych procedur kształtujących procesy wewnątrz korporacyjne.

Niezależnie od wykazanej powyżej wartości gospodarczej, organizacyjnej i technicznej zastrzeżonych informacji, Wykonawca podnosi również, że zastrzeżone informacje spełniają również pozostałe przesłanki ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a ponadto Konsorcjanci nieustannie podejmują w stosunku do tych informacji intensywne działania mające na celu utrzymanie ich w poufności.

Zastrzeżone informacje zdecydowanie nie są dostępne na zewnątrz, a w szczególności nie są znane podmiotom konkurencyjnym. Jest to wynikiem działań Wykonawcy ukierunkowanych na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym chociażby świadczy formułowanie stosownych zastrzeżeń w postępowaniach prowadzonych przez Zakład. Ponadto podkreślić należy, iż w grupie kapitałowej Comarch obowiązują zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa Grupy Comarch, która formułuje podstawowe zasady bezpieczeństwa fizycznego, informatycznego i kadrowego w Grupie Comarch.

Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch, opracowana przez Dział Bezpieczeństwa Wewnętrznego, to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik spółki z grupy kapitałowej Comarch przed przystąpieniem do pracy/współpracy z tą spółką, i w tym celu odbywa niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w spółkach grupy. Celem Polityki Bezpieczeństwa jest zapobieganie incydentom naruszenia bezpieczeństwa. Polityka bezpieczeństwa bazuje na normach PN-EN ISO 9001:2015-10 i PN-ISO/IEC 27001:2014-12 z uwzględnieniem wymagań prawa polskiego i specyfiki działalności spółek Grupy Comarch. Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą: ochrona danych osobowych i prywatności osób, ochrona dokumentów organizacji oraz prawa własności intelektualnej. Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach, zaleceniach, instrukcjach i formularzach Polityki Bezpieczeństwa. Polityka Bezpieczeństwa jest aktualizowana cyklicznie zgodnie z potrzebami, a zmiany są zatwierdzane przez Zarząd. Zgodnie z jedną z podstawowych zasad Polityki Bezpieczeństwa, dostęp do informacji jest nadawany tylko tym osobom, którym jest on niezbędny do pracy, tj. wykonywania powierzonych mu obowiązków (tzw. zasada wiedzy uzasadnionej). Każda informacja (przez informację rozumiane są wszelkie dane, niezależnie od formy ich pochodzenia i sposobu utrwalenia bądź pozyskania) jest klasyfikowana zgodnie z przyjętą w Polityce zasadą

klasyfikacji, ma też przypisaną osobę odpowiedzialną za stosowanie wobec tej informacji zasad określonych w Polityce. Polityka określa sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurach spółek, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej. Każda informacja jest zatem w spółkach grupy kapitałowej Comarch odpowiednio klasyfikowana i chroniona – zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do tej informacji zewnątrz. (...)

W związku z powyższym wskazujemy, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne. Takie informacje mieszczą się w pojęciu „tajemnicy przedsiębiorstwa”, ponieważ Wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy lub inne osoby, które zostały zobowiązane do zachowania poufności.

Dalszą część uzasadnienia konsorcjum Comarch zastrzegło jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 7 grudnia 2020 r., skierowane w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, konsorcjum Comarch w dniu 18 grudnia 2020 r. złożyło wykaz osób i wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi tam wskazane zostały wykonane należycie. Konsorcjum Comarch wskazało, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje zawarte w wykazie osób, wykazie usług, oraz w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wraz z dowodami w zakresie opatrzonym klauzulami poufności.

W odniesieniu do zastrzeżenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi tam wskazane zostały wykonane należycie konsorcjum Comarch wskazało, że:

Przedmiotowe dokumenty zawierają wyłącznie informacje dotyczące zamówień zrealizowanych lub realizowanych na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, ani przepisów innych aktów normatywnych przewidujących jawność procedury zamówieniowej. Wykonawca informuje, że zamówienia zrealizowane na rzecz ZUS, jako podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp, zostały przedstawione w odrębnym wykazie z usługami, który pozostaje jawny. W odniesieniu do zamówień wykonanych na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, nie stosuje się zasady jawności umów, obowiązującej w przypadku

zamówień udzielanych w reżimie powołanej ustawy, w związku z treścią art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Ochrona informacji dotyczących faktu zawarcia umowy z określonym podmiotem, jej przedmiotu i zakresu, faktu zakończenia świadczenia danej usługi lub jej kontynuowania, a także wartości umowy, uzasadniona jest szczególną wartością gospodarczą tych informacji. Wartość ta polega na budowaniu przewagi konkurencyjnej na rynku przez nieudostępnianie informacji, których znajomość przez podmioty konkurencyjne mogłaby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy. W szczególności mogłaby doprowadzić do przejęcia klientów i utraty źródeł zbytu, a tym samym – zachwiania podstawą funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa handlowo-produkcyjnego.

Wyjaśniamy, że zamówienia wskazane przez Wykonawcę wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, zawierają informacje handlowe (posiadające wartość gospodarczą) i organizacyjne oraz techniczne (dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług zawierają elementy techniczne) Wykonawcy i klientów Wykonawcy. W dokumentach tych wyrażona jest wiedza, która pozwala konkurencji zapoznać się z wieloma aspektami działalności Wykonawcy. Ewentualne zapoznanie się z przedmiotowymi dokumentami daje możliwość prześledzenia aktywności gospodarczej w danym profilu działalności Wykonawcy w określonym ujęciu czasowym. Wykaz i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie, zawierają informacje o tym, jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami dostaw i usług (publiczne czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki jej szczebel). Wykaz pokazuje wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji określonych dostaw i usług. Informacje te stanowią źródło wiedzy o danych przedsiębiorcach i dla innych podmiotów, działających na tym samym rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej. Określony konkurent może ustalić, na tej podstawie, z jakiego rodzaju konkurencją, spotka się na danym obszarze swojej działalności, jak kształtuje się aktywność konkurencji z punktu widzenia czasu, odbiorcy i przedmiotu usług, i, co istotne, jaki jest poziom cen oferowanych przez konkurencję.

Zastrzeżone zamówienia zostały zrealizowane jako zamówienia „niepubliczne”, a wykonawca został zobowiązanych do ochrony poufności informacji i danych uzyskanych w związku z tymi umowami.

Ww. informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął stosowne działania w celu zachowania ich poufności. Jak wskazano powyżej, dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg osób zatrudnionych przez Wykonawcę, zobowiązanych do zachowania poufności, i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym.

W odniesieniu do wykazu osób konsorcjum Comarch wskazało, że czynnikiem o jeszcze większym znaczeniu jest posiadanie kompetentnych specjalistów, umiejących wykorzystywać zasoby sprzętowe i oprogramowanie. Można stwierdzić, że w informatyce

aktualnie znacznie łatwiej jest pozyskać sprzęt i licencje niż odpowiednich specjalistów. Nie będzie przesady w stwierdzeniu, że to ludzie decydują o sukcesie projektów. Tak więc mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, który charakteryzuje się szybkim tempem rozwoju, rzeczą konieczną jest dysponowanie specjalistami posiadającymi wiedzę o aktualnych technologiach. W efekcie dane dotyczące osób wchodzących w skład zespołu Konsorcjum mają znaczną wartość gospodarczą. Dla Wykonawcy będącego podmiotem świadczącym usługi na rynku informatycznym, o jego sile przesądzą przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się Wykonawcy przed dostępem do danych o jego zasobach kadrowych. Dynamika rynku informatycznego powoduje, że zdobycie przez Wykonawcę pracowników, jest procesem wyjątkowo żmudnym i kosztownym, często wymagającym korzystania z usług zewnętrznych firm rekrutacyjnych. Ponadto, już same informacje o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, odpowiednie do wymagań stawianych w projekcie, ma bardzo dużą wartość gospodarczą.

Konsorcjum Comarch wskazało, że Niezależne badania Tech Forecast 2017 Computerworld pokazują, że największe trudności rekrutacyjne wskazują duże firmy (62,4%), zatrudniające ponad 250 pracowników:

- 68% rekruterów postrzega zatrudnienie w IT jako większe wyzwanie niż pięć lat wcześniej;
- 30% firm ma problem ze znalezieniem wykwalifikowanych pracowników
- o 40% wzrosły wydatki z pozyskaniem nowego pracownika na przestrzeni czterech lat (Badanie TEKsystems)

Biorąc pod uwagę specyfikę projektów IT realizowanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, do których Konsorcjum kieruje pracowników o dużej wiedzy i doświadczeniu – nie tylko z zakresu technologii informatycznych, ale również z zakresu procesów biznesowych funkcjonujących w Zakładzie – każde uszczuplenie zasobów kadrowych Konsorcjum może potencjalnie wygenerować problem z jakością i terminowością wykonywanych zadań. Jak pokazuje raport NFJ Insights w maju 2020 roku, do bardziej doświadczonych specjalistów kierowano 14% ofert więcej (w porównaniu ze styczniem 2020 roku) i stanowiły one aż 57% całego rynku. To duża różnica, zwłaszcza, że takie wzrosty nie były zwyczajowo obserwowane na rynku, co obrazuje jak cenne są informacje o zasobach kadrowych Wykonawcy.

Wreszcie, jak wynika z oceny iniJOB.com, odejście wysokiej klasy specjalisty, generuje stratę w wysokości do 100% jego rocznego wynagrodzenia.

Wszystkie przedstawione powyżej fakty pokazują, że rynek usług informatycznych jest aktualnie polem ostrej i nasilającej się walki konkurencyjnej o zasoby kadrowe. Przejawem tego jest w szczególności proceder „podkupywania” pracowników, w ramach którego konkurenci lub działające na ich zlecenie agencje rekrutacyjne nawiązują kontakt z

pracownikami przedsiębiorcy w celu nakłonienia ich do zmiany pracodawcy. Jak wynika z danych firmy S. & S. – jednego z liderów branży doradztwa HR w Polsce, podkupywanie pracowników odpowiada aż za 64 % przypadków odejść informatyków z pracy. Powszechnie znany jest fakt, że dla rekruterów niezwykle ważnym źródłem wiedzy o zasobach kadrowych podmiotów działających na rynku IT są wykazy osób. Brak objęcia takich wykazów tajemnicą przedsiębiorstwa lub ich odtajnianie przez zamawiających niezdających sobie sprawy z realiów rynkowych i powszechności procederu podkupywania, prowadzi do tego, że konkurenci uzyskują za pośrednictwem tych dokumentów dostęp do przekrojowej i szczegółowej wiedzy na temat kompetencji, kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz podejmują aktywne działania mające na celu „wyciągnięcie” z firmy potrzebnych specjalistów. Wykonawca ma świadomość, że jego pracownicy również są obiektem opisanych powyżej praktyk i dokonane zastrzeżenie jest właśnie istotnym elementem ochrony przedsiębiorstwa przed agresywnymi praktykami konkurencji.

Niezależnie od wykazanej powyżej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Wykonawca podnosi również, że zastrzeżone informacje spełniają również pozostałe przesłanki ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a ponadto Konsorcjanci nieustannie podejmują w stosunku do tych informacji intensywne działania mające na celu utrzymanie ich w poufności.

Wymaga również podkreślenia, że wszyscy pracownicy i współpracownicy Konsorcjantów, na podstawie stosownych klauzul umownych, zobowiązani są do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do nieudostępniania informacji związanych z realizowanymi projektami.

Uprowadzając również ewentualne argumenty, które pojawiają się czasem przy okazji rozpoznawania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa - że informacje dotyczące doświadczenia, czy też kwalifikacji poszczególnych osób przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, są informacjami, które dotyczą tych osób, a nie wykonawcy, należy podkreślić, że wartością chronioną przez wykonawcę jest informacja o podmiotach, z którymi współpracuje, w tym o pracownikach, których zatrudnia. Jak wskazano wyżej, jest to podyktowane zamiarem ochrony przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, mogącymi w szczególności prowadzić do przejęcia współpracowników lub pracowników przez firmy konkurencyjne. Oczywistym jest zatem, że takie dane jak imię, nazwisko, wykształcenie, doświadczenie danej osoby czy jej kwalifikacje, są danymi dotyczącymi tej konkretnej osoby. Ochronie nie podlega jednak informacja, że dana osoba nazywa się w określony sposób, czy też – że ma ona takie bądź inne doświadczenie, lecz informacja, że wykonawca dysponuje taką właśnie, doświadczoną bądź wykwalifikowaną osobą. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca ma prawo chronić dostępu do wartościowych zasobów. Ponieważ w tym przypadku zasobem takim są

poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedzę o ich imieniu i nazwisku, dane te winny być z pewnością objęte ochroną jako informacja posiadająca dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ochroną winny być objęte również wszelkie inne informacje, które w jakikolwiek sposób umożliwiają identyfikację takiej osoby (w szczególności konkretne dane dotyczące projektów, w których ta osoba brała udział).

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami, w zakresie opatrzonym klauzulami poufności konsorcjum Comarch wskazało, że również część informacji zawartych w niniejszym uzasadnieniu zastrzeżenia oraz załączone do uzasadnienia dowody spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Ich ujawnienie doprowadziłoby do ujawnienia treści i aktualnych wersji strzeżonych procedur kształtujących procesy wewnątrz korporacyjne, niepublikowanych wskaźników dotyczących firmy lub treści poufnych klauzul umownych. Zastrzeżone fragmenty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z zastrzeżonymi dowodami zostały powołane w celu wykazania zasadności objęcia poufnością dokumentów źródłowych, składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i w swej treści odnoszą się do tych dokumentów. Naturalną konsekwencją tego stanu rzeczy jest więc to, że argumentacja dotycząca utajnienia dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie, znajduje również odpowiednie zastosowanie do zastrzeżonej części uzasadnienia tajemnicy i załączonych do niej dowodów, bez potrzeby jej ponownego przytaczania w tym miejscu.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. poinformował konsorcjum Comarch, że dokonuje częściowego odtajnienia następujących oświadczeń:

- 1) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,
- 2) wykaz usług.

w zakresie szczegółowo wskazanym w załącznikach do pisma.

W odniesieniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie, który nie został zaznaczony w załączniku do pisma zamawiający wskazał, że *nie zawierają informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Odtajniony zakres wyjaśnień dotyczy:*

- fragmentów, które nie zawierają danych, jakim można byłoby przypisać wartość gospodarczą (dotyczy zdań stanowiących ogólne uzasadnienie lub opis bez wskazywania konkretnych informacji),*
- wymagań Zamawiającego oraz sposobu realizacji usługi powielonych lub wynikających z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).*

W ocenie Zamawiającego zakresowi danych, które zostaną ujawnione nie można przypisać wartości gospodarczej, gdyż nie zawierają one właściwych dla konkretnego przedsiębiorcy informacji istotnych w zakresie związanym z zapewnieniem mu konkurencyjności. Nie dotyczą one przykładowo cen, szczegółowych informacji o sposobie kalkulacji, obliczeń, zestawień przedstawiających składowe kosztów realizacji zamówienia lub szczególnych, skonkretyzowanych i specyficznych dla Wykonawcy okoliczności uwzględnionych w wycenie oferty.

W odniesieniu do wykazu usług zamawiający wskazał, że w związku z przyjęciem przez Wykonawcę sposobu uzupełnienia wykazu usług poprzez przepisanie fragmentów wymagań odpowiadających brzmieniu warunków udziału w postępowaniu, dane zawarte w kolumnach:

– „Opis przedmiotu wykonywanej/wykonanej usługi wraz z podaniem informacji o sposobie realizacji usługi”,

– „Wartość brutto usługi w PLN (z podatkiem VAT)”,

przy jednoczesnym utajnieniu informacji dotyczących odbiorcy i nazwy usługi nie zawierają informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą.

Przepisanie do kolumn dotyczących opisu usługi oraz jej wartości sformułowań, które odpowiadają brzmieniu wymagań Zamawiającego zawartych w dostępnej publicznie SIWZ powoduje, iż nie można przypisać im wartości gospodarczej uzasadniającej utajnienie.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający wystosował do konsorcjum Comarch wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2021 r.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie konsorcjum Comarch złożyło pismo z dnia 27 stycznia 2021 r. Oświadczyło, że treść wyjaśnień wraz z załącznikami jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z oznaczeniami i zgodnie z zastrzeżeniem i uzasadnieniem z dnia 18 grudnia 2020 r.

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 4 lutego 2021 r. wykonawca Asseco złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. W dniu 5 lutego 2021 roku Zamawiający wskazał: „z uwagi na wielkość plików przekraczającą rozmiar 85 GB, protokół ZP-PN wraz z załącznikami zostanie udostępniony poprzez wgląd do dokumentacji, z możliwością kopiowania lub utrwalania obrazu w dniu 08 lutego 2021 r. od godz. 13:00 w siedzibie Zamawiającego w Warszawie”.

Ustalono także, że w dniu 8 lutego 2021 r. wykonawcy Asseco udostępniono jedynie część dokumentacji, w tym:

a. fragment wezwania zamawiającego z 22 stycznia 2021 r., z którego wynika jedynie, że zamawiający wzywa konsorcjum Comarch na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do *uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz w pkt 4.4.3 SIWZ, które zostały przedłożone 18 grudnia 2020 r. w poniższym zakresie oraz wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz w pkt 4.4.3 SIWZ, które zostały przedłożone 18 grudnia 2020 r. w poniższym zakresie.*

b. fragment odpowiedzi Konsorcjum Comarch na ww. wezwanie z 27 stycznia 2021 r., z którego wynika jedynie, że konsorcjum Comarch odpowiada na obydwa wezwania z 22 stycznia 2021 r.

Ustalono również, że 10 lutego 2021 r. zamawiający udostępnił wykonawcy Asseco

a) fragment pisma Konsorcjum Comarch z dnia 16 grudnia 2020 r. „Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej”,

b) fragment pisma „Zastrzeżenie i uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Wykonawcy Asseco nie udostępnił wykazu osób złożonego przez konsorcjum Comarch.

Izba w zakresie zarzutu nr 4 zważyła, co następuje.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.* Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o*

zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego Comarch informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że konsorcjum Comarch wykazało, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią kwestionowane w odwołaniu oświadczenia i dokumenty. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący Comarch zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*

3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejki*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). *W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej konsorcjum Comarch z dnia 16 grudnia 2020 r.

Odwołujący Asseco wskazał w odwołaniu, że nie obejmuje żądaniem zarzutu udostępnienia załączonych do wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. umów specjalistów. Co do pozostałych dowodów wskazał, że nie wie, jakie są to dowody, bo nie udostępniono mu nawet ich listy. W związku z powyższym spór pomiędzy stronami dotyczył jedynie nieodtajnienia części opisowej wyjaśnień.

Analiza uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. prowadziła do wniosku, że przystępujący Comarch skonkretyzował powody zastrzeżenia jedynie dla wskazanych w uzasadnieniu dowodów załączonych do wyjaśnień. Dokładna analiza

uzasadnienia zastrzeżenia prowadziła do wniosku, że – w odniesieniu do części opisowej wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. - uzasadnienie jest ogólnikowe, nieodnoszące się do konkretnej zastrzeganej informacji.

Analiza uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Comarch prowadziła do wniosku, że na stronach 3-5 znajdowały się cytaty z orzeczeń, niestanowiące elementu wykazania. Na stronach 5-7 znalazło się uzasadnienie dla zastrzeżenia wskazanych tam kategorii dokumentów źródłowych załączonych do wyjaśnień, a nie części opisowej wyjaśnień. Na str. 7 uzasadnienia, w przedostatnim akapicie przedstawiono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności samego uzasadnienia. W ostatnim akapicie na str. 7 oraz na str. 8 przedstawiono informacje dotyczące stosowanych przez wykonawcę działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, a więc kolejnego znamienia definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W tej sytuacji podkreślenia wymagało, że konsorcjum Comarch nie udźwignęło ciężaru nie tylko wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeganych w części opisowej wyjaśnień. Odwołujący Asseco słusznie podniósł w odwołaniu, że konsorcjum Comarch w szczególności nie omówiło wartości gospodarczej samej metodyki, sposobu szacowania pracochłonności. Jedyny fragment, który można byłoby odnieść do wartości gospodarczej części opisowej wyjaśnień składał się zaledwie z 4 zdań i był następujący.

Przede wszystkim wskazujemy, że zastrzeżone dokumenty dotyczą sposobu wyliczenia ceny oferty, przyjętej przez konsorcjantów strategii udziału w postępowaniu, budowy kompozycji wartości dla ZUS stanowiącej przedmiot wymiany w ramach kontraktu publicznego oraz generalnej strategii konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. W szczególności pragniemy zwrócić uwagę, że zastrzeżone informacje należy traktować – i tak też traktuje je Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. – jako dane których całością, pod różnymi aspektami, określa przewagę konkurencyjną wymienionych firm jako wykonawców konkurujących na rynku zamówień publicznych. Treść przedkładanych wyjaśnień objaśnia szczegółowo sposób kalkulacji ceny oferty, wyjaśnia sposoby jej optymalizacji oraz prezentuje dostępne dla konsorcjantów sprzyjające warunki realizacji zamówienia mające wpływ na poziom zaoferowanej ceny. Jest to wiedza niedostępna dla konkurencji, pozwalająca na odtworzenie metody dojścia do finalnego ustalenia ceny oferty, z uwzględnieniem przyjętych założeń optymalizacyjnych.

Analiza przedstawionego fragmentu wskazuje, że ma on charakter zwykłej sztamkowej deklaracji, zapewnienia, którą można było odnosić do każdego bez wyjątku wyjaśnienia ceny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można było w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej

zastrzeganych informacji. W przywołanym fragmencie przystępujący Comarch jedynie deklaruje, że wszystkie zastrzegane przez niego informacje są niedostępne dla konkurencji. Nie wykazał jednak w żaden sposób ich unikalności, niedostępności innym wykonawcom.

Znamienne okazało się stanowisko przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, gdzie zamawiający wskazał, „*że zestawienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z samymi - bardzo obszernymi, szczegółowymi wyjaśnieniami i wyliczeniami ceny - w pełni przemawia za potraktowaniem ich jako informacji poufnych, będących tajemnicą przedsiębiorstwa.*”. Powyższe świadczyło o tym, że sam zamawiający nie odnalazł w uzasadnieniu żadnych elementów, które miałyby świadczyć o tym, że przystępujący Comarch wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero zestawienie uzasadnienia z treścią samych dokumentów przekonało zamawiającego do nieodtajnienia dokumentu. Takie stanowisko zamawiającego świadczyło o tym, że był on świadomy tych braków, a mimo nieodnalezienia dowodów na skuteczność zastrzeżenia, kierując się tym co zastrzeżono, zdecydował się na nieodtajnienie dokumentu.

Zdaniem Izby przystępujący Comarch nie sprostął konieczności wykazania, że opisywany przez niego sposób kalkulowania z jakichś względów jest unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. Konsorcjum Comarch nie wykazało przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek wynagrodzeń specjalistów, albo, że przyjęte przez niego pracochłonności usług są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, które zamierza zastosować w trakcie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego.

Dostrzeżenia wymagało, że nieodtajniona przez zamawiającego część opisowa wyjaśnień zawiera przykładowo np. listę rezerw i ryzyk, jakie Comarch przyjął szacując cenę oferty. Zamawiający nie odtajnił nie tylko samych wyjaśnień odnoszących się do kalkulowanych rezerw czy do ryzyk, ale nie odtajnił nawet listy tych rezerw i ryzyk (por. str. 6 odtajnionych wyjaśnień RNC). Przystępujący Comarch nie uzasadnił skąd wywodzi, że nawet sama lista ryzyk i rezerw jest unikalna, niedostępna innym wykonawcom i że są to rezerwy i ryzyka niestosowane z jakichś względów standardowo na rynku. Podkreślenia wymagało, że w treści samego wezwania z dnia 24.11.2020 r. zamawiający poprosił obu wykonawców o wyjaśnienia co do rezerw i ryzyk, wymieniając przykładowo takie ryzyka jak niedoszacowanie, konieczność zapłaty kar umownych, fluktuacja kadr, zmiana wysokości wynagrodzenia (przy uwzględnieniu postanowień umownych). W związku z powyższym niezrozumiałe jest utajnienie listy rezerw i ryzyk, które były identyfikowane przez samego zamawiającego w jawnym wezwaniu kierowanym do obu wykonawców. Jak wynika z treści wezwania, identyfikacja tych rezerw i ryzyk nie była unikalnym na rynku know-how konsorcjum Comarch.

Zupełnie niezrozumiałe jest także przykładowo zastrzeżenie jako tajemnicy informacji znajdujących się w pkt XII wyjaśnień na str. 83 odnoszących się do udziału podwykonawców, która to informacja jest jawna dla innych wykonawców w oparciu o jawną część oferty.

Wykaz usług

Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zaniechał czynności odtajnienia dokumentu „wykaz usług – tajemnica przedsiębiorstwa” wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi tam wskazane zostały wykonane należycie, złożonymi przez przystępującego Comarch.

Izba uznała za bezzasadny wskazany przez wykonawcę powód utajnienia ww. dokumentów określany jako potrzeba ochrony informacji, czy odbiorcami usług z wykazu są podmioty prywatne czy publiczne. Na uwagę zasługiwał fakt, że w dalszej części uzasadnienia Comarch sam przyznał, że w zastrzeżonym wykazie są wymienione tylko podmioty prywatne.

Nietrafny okazał się też argument, że w oparciu o wykaz usług konkurenci mogliby ustalić rodzaj klienta, a mianowicie czy jest to administracja rządowa czy samorządowa. Skoro, jak przystępujący sam przyznał w uzasadnieniu, odbiorcami usług są podmioty niezobowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, to wiadomo, że nie będzie to ani administracja rządowa ani samorządowa.

Izba uznała za bezzasadny wskazany przez wykonawcę powód utajnienia ww. dokumentów określany jako chęć ukrycia aktywności gospodarczej, zapobieżeniu przejęcia klientów i utracie źródeł zbytu. Izba stwierdziła, że tak sformułowany powód utajnienia jest nietrafny z uwagi na kategorie informacji zawartych w tym wykazie.

W uzasadnieniu zastrzeżenia spornych dokumentów była również mowa o chęci utajnienia „wielu aspektów działalności wykonawcy”. Po lekturze uzasadnienia nie sposób było wywnioskować o jakie „aspekty” chodzi. Na uwagę zasługiwał fakt, że w wykazie wymieniono tylko ograniczoną liczbę umów, z tysięcy jakie Comarch zawiera i zawarł. Ponadto umowy te siłą rzeczy musiały wpisywać się w warunki udziału w postępowaniu. Wobec tego umowy te mogły dotyczyć tylko aspektu działalności wymienionego w SIWZ, a nie „wielu aspektów działalności”. W związku z powyższym z treści wykazu nie można wywnioskować informacji o bliżej nieokreślonych „wielu aspektach działalności wykonawcy”.

Wbrew stanowisku przystępującego Comarch z wykazu nie można wnioskować też o poziomie przychodów. Powyższe wynikało z faktu, że takich przychodów w wykazie usług nie ujawniono. Wykonawca odnosząc się do wartości umów przepisał w tym zakresie treść warunku, posługując się sformułowaniem „ponad „... zł” i podał minimalną kwotę wynikającą

z warunku. Wobec powyższego z treści wykazu nie można wnioskować o poziomie przychodów z umów wymienionych w wykazie.

Wykaz osób

Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zaniechał czynności odtajnienia dokumentu wykaz osób, złożonego przez przystępującego Comarch.

Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego prowadziła do wniosku, że nie jest prawdą, na co powoływał się Comarch w uzasadnieniu zastrzeżenia, że informacje zawarte w wykazie osób nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne. Zaprzecza to twierdzeniom Comarch, zawartym w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób na str. 11, że „informacje te nie są powszechnie dostępne”. Poddawało to też w wątpliwość twierdzenia o podjęciu przez wykonawcę rzekomo skutecznych działań, mających na celu zachowanie informacji w poufności, skoro takie informacje widnieją na stronach internetowych, gdzie każdy może się z nimi zapoznać.

Ponadto uzasadnienie zastrzeżenia wykazu osób okazało się szablonowane, po odrzuceniu orzecznictwa składało się z kilku zdań o groźbie podkupywania osób, bez odniesienia do żadnych statystyk czy jakichkolwiek sytuacji zaistniałych u tego konkretnego wykonawcy. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne statystyki o fluktuacji kadr, nie dotyczące Comarch i jego specjalistów. Na okoliczność swych twierdzeń zawartych na str. 11 uzasadnienia, że konkurenci podejmują aktywne działania mające na celu „wyciągnięcie” z firmy potrzebnych specjalistów nie przedstawił żadnych dowodów.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że rotacja kadr nie jest niczym nadzwyczajnym. Oczywiście jest, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych). W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący Comarch, pomimo spoczywającego na nim ustawowego obowiązku, w uzasadnieniu zastrzeżenia nie próbował nawet wykazywać, że oferuje swym specjalistom z wykazu nierynkowe stawki uzasadniające przypuszczenie, że mogą oni przejawiać chęć rozwiązania umowy o pracę. Nie argumentował też, że nie przyjęła się u niego praktyka zawierania umów o zakazie konkurencji.

Na uwagę zasługiwała także ograniczona zawartość informacji w wykazie osób, o których strona przeciwna mogła wnioskować. W szczególności wykaz nie zawierał informacji

o wszystkich pracownikach Comarch, lecz jedynie o kilkunastu osobach. W wykazie nie wymieniono informacji o wszelkich umiejętnościach, certyfikatach i doświadczeniu zawodowym osób, ale o wycinku tych informacji, które były istotne z punktu widzenia warunku. Przy czym umiejętności (np. jeden z kilku wymaganych certyfikatów) i rodzaj doświadczenia zawodowego zostały narzucone w SIWZ. Zaprzecza to tezom Comarch ze str. 11 uzasadnienia, że za pośrednictwem wykazu osób konkurenci uzyskują „dostęp do przekrojowej i szczegółowej wiedzy na temat kompetencji, kwalifikacji i doświadczenia personelu” Comarch.

Bezzasadne było odwoływanie się przystępującego Comarch do złożonych w charakterze dowodów wydruków ze strony internetowej LinkedIn dla pracowników Asseco. Skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Asseco nie była objęta zarzutami przedstawionymi w odwołaniu.

Wezwanie Zamawiającego z 22.01.2021 r. oraz odpowiedź Konsorcjum Comarch z 27.01.2021 r. na ww. wezwanie

Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zaniechał czynności odtajnienia odpowiedzi Konsorcjum Comarch z 27.01.2021 r., na wezwanie zamawiającego z 22 stycznia 2021 r., jak również bezzasadnie nie udostępnił odwołującemu samego wezwania.

Izba stwierdziła, że zamawiający oznaczył jako tajemnicę przedsiębiorstwa właściwie całą treść wezwania z 22 stycznia 2021 r., poza dwoma poniższymi fragmentami:

„I. Uzupelnienie dokumentów

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) – dalej ustawa Pzp, wzywa Państwa do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz w pkt 4.4.3 SIWZ, które zostały przedłożone Zamawiającemu 18 grudnia 2020 r., w poniższym zakresie:”

(...)

„II. Wyjaśnienia dokumentów

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) – dalej ustawa Pzp, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz w pkt 4.4.3 SIWZ, które zostały przedłożone Zamawiającemu 18 grudnia 2020 r., w poniższym zakresie:”

Nie było sporne między stronami, że pozostała treść wezwania została zastrzeżona przez zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie podlegała udostępnieniu odwołującemu Asseco.

Analiza wezwania prowadziła do wniosku, że w oparciu o jawną część dokumentu odwołujący Asseco, mógł powziąć jedynie informację, że do konsorcjum Comarch było kierowane jakieś wezwanie, mające na celu uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentów, o których mowa w pkt 4.4.3 SIWZ. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że postanowienie pkt 4.4.3 SIWZ obejmowało wszystkie dokumenty składane celem potwierdzenia warunku i niepodlegania wykluczeniu (por. str. 34-37 SIWZ, w aktach sprawy).

W tej sytuacji udostępniona odwołującemu Asseco treść wezwania okazała się niewystarczająca. W oparciu o jej lekturę wykonawca nie mógł się nawet domyślić, do uzupełnienia i wyjaśnienia jakich dokumentów zamawiający wzywał Comarch. Na możliwość udostępnienia odwołującemu Comarch wezwania w szerszym zakresie wskazywało również wezwanie zamawiającego z dnia 19.03.2021 r. wystosowane w innym postępowaniu na zawarcie umów ramowych na rozwój KSI (por. załącznik nr 10 do pisma procesowego odwołującego Asseco z dnia 23 marca 2021 r.).

Ponadto wzięto pod uwagę, że wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dotyczyło dokumentów – które jak się okazało w trakcie rozprawy - zostały nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Comarch. W rezultacie wezwanie z 22.01.2021 r. oraz uzupełnianie i wyjaśnienia wykonawcy Comarch z dnia 27 stycznia 2021 r. również powinny być odtajnione.

Uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień RNC

Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zaniechał czynności odtajnienia fragmentów samego uzasadnienia utajnienia wyjaśnień RNC.

Izba stwierdziła, że konsorcjum Comarch nie przedstawił praktycznie jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia niektórych fragmentów samego uzasadnienia. Przystępujący Comarch poprzestał w tym zakresie na jedynym zdaniu na str. 7, że ujawnienie tych fragmentów „*doprowadziłoby do ujawnienia treści i aktualnych wersji strzeżonych procedur kształtujących procesy wewnętrzny korporacyjne*”. Powyższe nie wypełnia wszystkich elementów definicji legalnej „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności brakuje omówienia wartości gospodarczej tych informacji, ich unikalności, podjęcia działań celem zachowania ich w poufności, braku dostępności w przestrzeni publicznej.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA KONSORCJUM COMARCH

POCZĄTEK

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA KONSORCJUM COMARCH

KONIEC

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.*

Zarzut 5 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Comarch nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznała odwołania w zakresie zarzutu nr 5.

Jak wynikało z treści odwołania, zarzut ten został przez odwołującego Asseco określony jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 4 odwołania, w części dotyczącej zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Comarch.

Jak wynikało z wyroku Izby, Izba uznała zarzut nr 4 odwołania, w części dotyczącej zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny konsorcjum Comarch, jako zasadny. Wobec powyższego, Izba nie rozpoznała zarzutu nr 5 odwołania.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego*

uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 i 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2, 5 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego, odrzucenia części odwołania i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 3 i 4 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu Asseco wskazanych w sentencji dokumentów i oświadczeń złożonych przez konsorcjum Comarch. Odtajnienie tych dokumentów może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż po ich lekturze odwołujący Asseco będzie mógł sformułować nowe zarzuty, których skutkiem może być wykluczenie konsorcjum Comarch z udziału w postępowaniu lub odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę. Wynik postępowania może zatem ulec jeszcze zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 3 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 4 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 4 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Stosownie do § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

- 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo*

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;*
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę*

„przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba, rozpatrywała odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-4 odwołania. Zarzut 6 został bowiem wycofany, zaś zarzut 5 nie podlegał rozpoznaniu, jako zarzut ewentualny. Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym, okazało się zasadne jedynie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący Asseco w części $\frac{3}{4}$ i zamawiający w części $\frac{1}{4}$. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego i odwołującego Asseco z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, w wysokości po 3.600 zł każdy, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, łącznie 22.200 zł.

Odwołujący Asseco poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 16.650 zł (22.200 zł x $\frac{3}{4}$). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.950 zł (18.600 zł – 16.650 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....